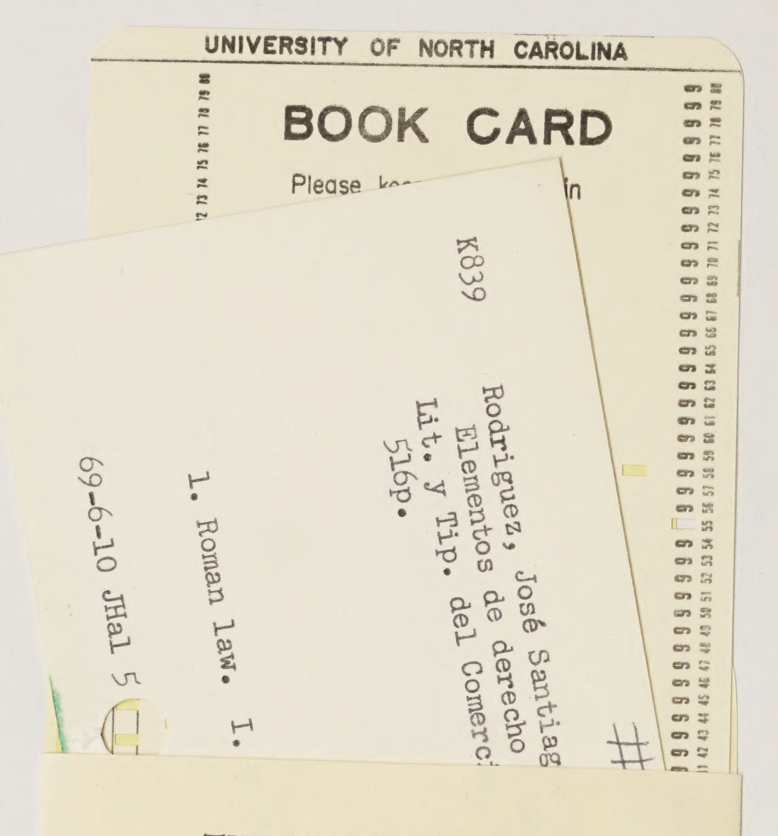
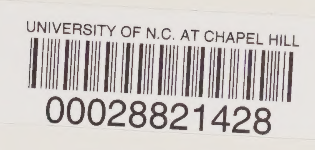


UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA
BOOK CARD
K839
Rodriguez, José Santiag
Elementos de derecho
Lit. y Tip. del Comerc
516p.
1. Roman law. I.
69-6-10 JHal 5



K839
T.1



DR. JOSE SANTIAGO RODRIGUEZ
Ex-Profesor de Derecho Romano de la Universidad de Caracas
y de la Escuela de Ciencias Políticas de la misma.

ELEMENTOS
DE
Derecho Romano

TOMO PRIMERO

CARACAS
Lit. y Tip. del Comercio
1928

U

DR. JOSE SANTIAGO RODRIGUEZ

Ex-Profesor de Derecho Romano de la Universidad de Caracas
y de la Escuela de Ciencias Políticas de la misma.

ELEMENTOS
DE
Derecho Romano

TOMO PRIMERO

CARACAS
Lit. y Tip. del Comercio
1928

Al mi apreciado amigo y colega el Dr. C. Parra Pérez:
Expresivamente
El Autor
agosto 1920

A la memoria
de
Mis Padres
y a la de mis maestros
Manuel Clemente Urbaneja
y Agustín Istúriz

PROLOGO

Por lo mismo que he tenido la oportunidad de interesarme por el estudio del Derecho Romano, me he dado cuenta exacta de que mi trabajo sólo contiene una exposición sumaria de los maravillosos principios de aquél Derecho, y de ahí el título del libro. Pero creyendo, a la vez, que esos elementos que él contiene, pueden ser de alguna utilidad a los que se inician en el estudio de la Jurisprudencia, y principalmente a la juventud venezolana, por estar concordados con nuestra legislación, no he vacilado en publicarlo.

José Santiago Rodríguez.

Caracas: Enero de 1928.

Lección inaugural

de la

Cátedra de Derecho Romano

al abrirse la

Escuela de Ciencias Políticas de Caracas

Una lección inaugural de esta Cátedra, no puede ser sino la respuesta, breve y sencilla, a una interrogación que estoy leyendo en vuestros semblantes: ¿Por qué debemos estudiar nosotros, los juristas de ahora, la vieja legislación romana?

Un eminente autor de nuestros días, que ha hecho del estudio de aquellas instituciones el objeto de un libro interesantísimo, hablo del profesor Eduardo Cuq, se ha valido de una expresión feliz, y repitiendo sus palabras, podría responder, desde luego, a vuestra interrogación, así: "porque los romanos fijaron a perpetuidad las categorías del pensamiento jurídico". [1]

Todas las instituciones que vais a encontrar al hacer el estudio del derecho civil patrio, excepción hecha, desde luego, de variantes históricas, tienen su sede y su raíz en el derecho romano. En la larga vida de éste, que alcanzó trece siglos, quedaron ajustadas y regla-

(1) Autor citado.—Les Institutions juridiques des Romains.

das todas las relaciones de la vida jurídica del individuo dentro de la familia, y del individuo, como sujeto activo y pasivo de obligaciones, con los demás hombres y con las cosas de la naturaleza. De aquí que los tres objetos del derecho privado romano: personas, cosas y acciones, sean también los tres objetos de nuestro derecho civil. Y si de esta distribución, que pudiera tenerse como expresión, solamente, de un mismo método lógico, pasáis al estudio de las instituciones mismas, comparando éstas, además, con las de otros Códigos, encontraréis comprobado el abolengo de que acabo de hablaros, que justifica la elocuente expresión de un erudito romanista argentino, al decir que el "derecho romano ha llegado a ser uno de los elementos de la civilización moderna". (2) Lo que pudiéramos llamar las grandes líneas directivas de cada institución, las trazó magistralmente el derecho romano. Las reglas fundamentales de la patria potestad, en nuestro derecho, que rige, como en Roma, las relaciones jurídicas entre padres e hijos, y que se traduce en deberes de tuición y de juez que ejerce el padre, en derechos de representación civil del hijo y de administrador del patrimonio de éste, en el usufructo legal que tiene el mismo padre respecto de los bienes del hijo, y en la

(2) Doctor Pedro M. Oliveira.—Objeto y plan del curso de Derecho Romano.

institución de los peculios, en todo esto encontraréis impreso el sello de la legislación romana. Romana es la institución de los alimentos, también en nuestro derecho. Romana la institución de la tutela, que rige las relaciones jurídicas del huérfano y su división fundamental en tutela testamentaria, cuando es el padre de quien emana en testamento el nombramiento del tutor; legítima, cuando es la ley quien la discierne a aquellos parientes del menor en quienes concibe que sean sustitutos de los padres, como sucede con los abuelos; dativa, cuando es el magistrado quien escoge y nombra el tutor. Y dentro de esta organización de la tutela de nuestros menores, encontraréis a cada paso la influencia decisiva e inequívoca de la tutela romana, desde la caución o fianza que deben prestar ciertos tutores, hasta su remoción; desde la inhabilidad para ejercerla, hasta las excusas que puedan admitírseles cuando rehusan el ejercicio del cargo. La interdicción y la inhabilitación, son también en nuestro derecho, instituciones del derecho romano; y dentro de la reglamentación jurídica de las personas, encontraréis también la organización del matrimonio y su terminación por el divorcio, hoy aceptado en nuestra legislación. En cuanto al régimen de los bienes, puede decirse que todo es de origen romano en nuestro derecho, desde los principios fundamentales de la propie-

dad, hasta los detalles minuciosos de la accesión, no obstante haberse visto en este punto, quizás erradamente, haber entrado en juego las sutilezas metafísicas de los juristas romanos. [3] El régimen de las limitaciones de la propiedad, es también de origen romano, en nuestra legislación civil, o sea, el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres prediales, el concepto jurídico de éstas, su adquisición, los modos de extinción, en todo lo cual vive y palpita el espíritu, y pudiera agregar, la letra de la legislación romana. Luego la posesión y los interdictos, también del mismo origen: las maneras de adquirir y de trasmitir la propiedad y demás derechos, desde la ocupación hasta la sucesión, desde ésta, establecida por la ley o creada por la voluntad del *de cujus,* en las formas del testamento, hasta las donaciones, y de éstas hasta el contrato. Con variantes históricas—como antes decía—todas estas instituciones nuestras reproducen el espíritu, y, a veces, la letra de la legislación romana. La ocupación está regida por los mismos prinicipios que allí: la forma de nuestros testamentos: expresiones reflejadas del testamento tripartito del derecho civil romano; la legítima misma del cónyuge sobreviviente, que no existe en otras legislaciones, una reminiscencia de la perpetua tutela en que estuvo en Roma la mujer, la

(3) Gibbon.—Décadence et Chute de l'Empire romain.

cual, por una ficción extravagante de la legislación, era considerada como hermana de sus propios hijos, e hija del marido, de donde resultaba que los juristas romanos decían que estaba *in loco filiœ,* y al morir el marido, heredaba a la par de un hijo. Romano es también el principio de las sustituciones testamentarias, para el caso en que el instituido no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado; del mismo modo que el testamento que se le permite hacer al padre por el hijo incapaz de testar, para el caso en que éste muera en tal incapacidad. Romana es también la confusión del patrimonio del *de cujus* con el del heredero, en la adición pura y simple de la herencia, como lo es, igualmente, el beneficio de inventario, que ha pasado también a nuestra legislación.

En materia de contratos, es todavía más provechoso el estudio del derecho romano, porque Pothier tomó de éste la maravillosa teoría clásica de las obligaciones; de allí pasó ésta al Código Napoleón y al derecho italiano, y nuestro derecho al reproducir a éstos, reprodujo, por consiguiente, la teoría romana. Excepción hecha—como lo veréis—de un contrato puramente verbal, que llamaban estipulación los romanos, y que no ha pasado al derecho contemporáneo, la teoría romana de las obligaciones y de los contratos la encontraréis íntegra en nuestro derecho, como lo tengo

expresado: los requisitos esenciales para la validez de aquéllos; sus elementos naturales, sus elementos accidentales, sus efectos, las diversas especies de obligaciones, la noción jurídica de la condición y del término, los efectos de las convenciones, sus modos de extinción, todo esto es la fiel expresión del derecho romano. Y luego, en los contratos nominales, la mismo nomenclatura y la misma estructura jurídica: consensuales, en Roma y en nuestro derecho, porque se perfeccionan por el solo consentimiento: la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato; reales, así como en nuestro derecho, porque se perfeccionan con la entrega de la cosa: el mutuo o contrato de préstamo, el comodato, la prenda y el depósito; accesorios, la hipoteca y la fianza, porque dependen de una obligación principal. Y cuando estudiéis con algún detenimiento el derecho vigente, encontraréis en muchos casos que todavía dividen a los jurisconsultos del día las cuestiones que dividieron en el derecho clásico a los jurisconsultos de las grandes Escuelas de Roma, como sucede con el arrendamiento y el mandato. Y es que no encontraréis sino monumentos del derecho romano a cada paso: los mismos privilegios del arrendador romano sobre las cosas puestas en el predio arrendado por el arrendatario, o sea, la prenda tácita de que era objeto la acción cuasi serviana de los romanos: el pacto de

retro en la venta; el saneamiento de ésta y la acción redhibitoria por los vicios ocultos de la cosa: la acción rescisoria del Rescripto de Diocleciano, y el *pactum displicentiæ:* el molde clásico del contrato de sociedad, inclusive el vestigio de la persona moral de la sociedad, que encontraréis ampliamente desarrollado en el derecho moderno, vislumbrado por los romanos en la *societas vectigalis:* el *mandato pecuniæ credende,* en el contrato de prenda, y la Constitución del Emperador Gordiano, también en el mismo contrato. Y lo que es más todavía, diré por último, para no fatigar más vuestra atención, el retorno, por los más señalados intérpretes del derecho moderno, a la interpretación romana de algún concepto o de alguna teoría que en vano han querido explicarla los contemporáneos de modo distinto de como lo hicieron los juristas romanos, como ha sucedido, por ejemplo, con las conclusiones de Planiol sobre la Ley Apuleia. De suerte que desde ahora, os anuncio que a cada paso encontraréis comprobado, cuando lleguéis a estudiar las instituciones patrias, y con éllas el derecho moderno, el aserto hecho por el más egregio maestro del derecho contemporáneo, hablo de Laurent, cuando escribió que lo que muchas veces se ha llamado sutilezas del derecho romano, no es otra cosa que el rigor lógico del razonamiento. [4]

(4) Planiol.—Traité Elementaire de Droit Civil.—Laurent.—Principes de Droit Civil Français.

Yo no he querido sino trazar, a grandes líneas, esta influencia del derecho romano sobre nuestra legislación civil, porque veáis justificada la importancia de su estudio. El análisis completo de todas estas analogías será materia del curso que hoy inauguramos; pero por lo expuesto podréis alcanzar, que el derecho romano tuteló las más mínimas relaciones jurídicas, y que por ello ha llegado a considerársele como "la entidad jurídica más compleja, más poderosa y más conocida", según la meditada expresión del Profesor Cogliolo. [5]

No habremos de estudiar ese derecho, desde el punto de vista inmutable de la Escuela Metafísica, sino como expresión, más bien, de la estructura social y de la evolución histórica. Ello os hará comprender que el derecho no es la regla inmutable de los Códigos, sino un concepto que se transforma y se cambia con la evolución social. De manera que cuando acabéis de recorrer la trayectoria que va desde los pastores del Lacio hasta los grandes maestros del derecho clásico, veréis cómo van reflejándose en la marcha ascendente de la legislación, las jornadas, también progresivas, de la civilización romana, y cómo va la costumbre traduciéndose y transformándose en conceptos jurídicos, y

(5) Pablo Cogliolo.—Estudios acerca de la evolución del derecho privado.

cómo la estrecha regla jurídica que empieza siendo el arma de las clases privilegiadas, termina siendo, cuando culmina la evolución democrática, el patrimonio de todos: *Respublicæ* que allí decían. Y si descendéis de este vértice hasta el derecho del Bajo Imperio, veréis y contemplaréis, tendida sobre ese arco inmenso que une las márgenes del Tíber con las gradas del trono de Constantinopla, la sociedad romana a través de todas sus grandezas y de todas sus vicisitudes. El estudio, hecho así, del derecho romano, es fuente de grandes enseñanzas, porque llegamos a desterrar de nosotros mismos el concepto de que la ley escrita pueda ser el Derecho, y de que la Filosofía y no la sociedad misma, pueda crearlo, y que esa creación pueda ser artificial y no otra cosa que la expresión del estado social. Cuando estudiéis las instituciones jurídicas de Roma, encontraréis cómo van impresas en éllas las huellas de los elementos etnológicos que la componen, y los cambios que va experimentando su estructura social. Los poderes exhorbitantes del *pater familias,* en los primeros tiempos de la evolución jurídica, sobre los hijos sometidos a su patria potestad; los del marido sobre la mujer que está bajo el poder de la *manus: in manu mariti,* que decían ellos, cuando está ella en perpetua tutela y no se columbra todavía su emancipación jurídica; los derechos, también exhorbitantes, del acreedor

sobre el deudor, que sobrepasan los límites imaginables, todo ello revela la psicología del latino a quien inspiraban veneración los principios del poder y de la fuerza. Las ceremonias religiosas con que encontraréis rodeado el matrimonio; el culto romano por la *bona fides* que debía preceder y presidir las convenciones: la adopción misma, que no era sino la perpetuación artificial y la continuación ficticia del padre en un hijo que debía prolongar en el espacio y en el tiempo la fe y la esperanza en los penates de la raza: todo esto es la expresión del culto sabino por los dioses. Y abstracción hecha del ritualismo que caracteriza los orígenes de las legislaciones primitivas, según la observación de Summer Mayne, (6) encontraréis en Roma que estas ritualidades, por lo mismo que abarcan todo un cuerpo extensísimo de instituciones jurídicas, y las vemos perpetuarse por espacio de siglos, aun dentro de las formas ya avanzadas de la legislación, son la expresión vigorosa de la valiosa ingertación etrusca en el tronco romano.

Iréis contemplando, y el desfile es verdaderamente grandioso, cómo va pasando la legislación romana de las formas más rudas y musculares, para valerme de una expresión representativa, a las formas y conceptos

---

(6) Véase Summer Mayne.—Los orígenes del derecho y la costumbre primitiva.

más elevados y más psicológicos. Las primeras faces de la legislación romana, las encontraréis rodeadas de formas y pantomimas, que abstracción hecha de todo origen etnológico que pudiera haberlas acentuado, tienen su explicación en que los pueblos primitivos suplen siempre la falta de alfabeto con signos alegóricos que, por lo mismo que despiertan la atención, perpetúan el recuerdo de los hechos para los cuales esas mismas fórmulas y esas mismas pantomimas se inventan. Tienen, ciertamente, su valor esas ritualidades, pero a la vez, tienen también sus grandes e invencibles inconvenientes. En Roma, el derecho primitivo se hizo rigurosamente formalista; las pantomimas primero, y las fórmulas sacramentales después, llegaron a ser uno de los elementos esenciales para la validez de las convenciones; y el libre consentimiento, que en las últimas etapas de la evolución jurídica de Roma, vino a ser elemento determinante en el contrato, como sucede en nuestros días, fué pospuesto en los primeros pasos de aquella evolución, y prevaleció el rigorismo formalista. De aquí, pues, que la venta, por ejemplo, que vino a ser, en definitiva, un contrato para el cual sólo se exigía el consentimento del comprador y del vendedor, se hacía en los tiempos primitivos con la intervención de un *libripens* que se presentaba con el símbolo material de una balanza y de unas pesas, lo cual aconte-

cía cada vez que se quería trasmitir a otro la propiedad de una cosa, o que había que fingir alguna enajenación. De aquí que la mujer a quien repudiaba su marido, tuviera que restituir el mazo de llaves que era el emblema del gobierno de la casa que había recibido. De aquí el combate que simulaban, ante el Tribunal del Pretor, el demandante y el demandado. De aquí las palabras sacramentales en el contrato verbal, llamado *stipulatio,* que ya anteriormente mencioné. De aquí, por último, para no fatigar más vuestra atención, las pantomimas ordenadas por la ley para el descubrimiento de un robo; *furtum lance licioque conceptum,* que os harán sonreir, me anticipo a sospecharlo, cuando las conozcáis. Pero no debéis olvidar que muchos de estos símbolos eran la expresión del sentimiento religioso que ha hecho necesaria, desde los tiempos más remotos del derecho romano hasta nuestros días, la buena fe como elemento indispensable para la eficacia jurídica de toda convención; de aquí la mano derecha, ofrecida leal y francamente, por el que daba su palabra como única prueba del compromiso contraído; de ahí también esa misma mano, resueltamente cerrada, ofrecida como símbolo de garantía de la restitución segura del depósito que se había recibido. Todas estas ritualidades y todas estas fórmulas sacramentales, hicieron, necesariamente, del derecho romano primitivo,

el patrimonio exclusivo de pontífices y de patricios; pero el progreso del lenguaje y el desenvolvimiento de la sociedad, fueron rápida y maravillosamente atemperando el rigor de los primeros tiempos, y veréis cómo el derecho va simplificándose, aligerándose, generalizándose, democratizándose, como antes decía, hasta constituir ese tesoro inagotable que ha venido formando, no sólo el patrimonio de una raza y de una civilización altísima, sino un conjunto de reglas fundamentales y científicas que forman uno como legado perpetuo de sabiduría y de justicia, instituido en favor de todos los pueblos y de todas las razas. De aquí es que, justamente, por la virtualidad de esta ciencia jurídica de Roma, y por esta inmanencia de sus principios, cada vez que la luz del pensamiento humano se ha proyectado sobre ese derecho, se iluminan sus sombras, y esas sombras radiantes vienen a ser como atalayas de la evolución jurídica de los demás pueblos.

Por otra parte, encontraréis, al hacer el estudio de aquella legislación, que su maravilloso tecnicismo bastaría por sí sólo para hacerla inmortal; porque es, precisamente, ese tecnicismo el que forma la lengua del jurisconsulto, y la clave en que están escritos los códigos modernos. Fué esta obra el resultado de la completa evolución que pudieron llegar a alcanzar el lenguaje y la ciencia del derecho en el curso de ese perío-

do de trece siglos que vivió el organismo que desarrolló ese lenguaje y esa ciencia, y fué tal la feliz aplicación que los jurisconsultos romanos hicieron de los principios filosóficos de la lógica en ese lenguaje y en esa ciencia, que valiéndonos de la expresión de Savigny, pudiera decirse de aquellos jurisconsultos que, haciendo de su ciencia casi unas Matemáticas, llegaron a "calcular con sus ideas". [7]

Otra poderosa causal de este prodigioso progreso, se encuentra, seguramente, en que para el romano la regla jurídica no fué nunca un concepto anquilosado dentro de la letra del Código, como es más bien la tendencia moderna. La carencia de una codificación, así entendida, favoreció incuestionablemente el progreso y desenvolvimiento de la ciencia jurídica en Roma. Es interesantísimo el estudio del derecho romano contemplado por este aspecto y visto desde ese vértice, porque, precisamente, su fuerza reside en la forma rigurosamente lógica de su estructura interna. Iréis viendo que es verdaderamente admirable el grado de elasticidad y de generalización—por decirlo así—que encierran los organismos jurídicos que están dentro de su seno y en su sér, así como en las grandes normas directivas de sus principios, pues sin romperse estas reglas, ni destruirse aquellos organismos, los unos y las otras

(7) Savigny.—De la vocación de nuestro siglo para el derecho.

van desarrollándose y progresando de un modo lógico, sosegado y científico, a medida que las nuevas necesidades y los nuevos rumbos del proceso jurídico-social, van aconsejando, sabiamente, ora la restricción, ya la dilatación y la amplitud de la regla del código. Podría decirse que no llega a romperse nunca, dentro del proceso de aquella evolución, el equilibrio entre la tradición conservadora del *jus civile,* que es severa y estricta, y la tendencia innovadora de las grandes reformas, que va descubriendo, consecutivamente, por el espacio de muchas centurias, cada vez nuevos y más amplios horizontes. De aquí que dentro de la órbita, casi inconmensurable, que trazó el genio romano para encerrar en ella las más variadas consecuencias de los principios fundamentales de todo derecho: vivir honradamente, no dañar a otro y dar a cada uno su derecho, se ejercitara el vuelo atrevido del pensamiento de sus jurisconsultos, mucho más dilatado, y mucho más audaz, que el vuelo casi leyendario de las águilas de sus legiones guerreras. Por la apuntada razón es por lo que en Roma la equidad representa en manos del Pretor el instrumento poderoso de la evolución jurídica. De ahí los poderes conferidos a aquel Magistrado, en beneficio de todos: *propter utilitatem publicam:* de ahí que el Derecho Honorario, que así se llamó el derecho creado por el Edicto perpetuo de aquel mismo Magistrado, su-

pliera las lagunas del Derecho de las Doce Tablas, o corrigiera sus anacronismos y defectos: *adjuvandi, vel corrigendi, vel suplendi, juris civilis gratia,* como tan representativamente, lo dijo tantas veces, en su claro lenguaje, Papiniano.

Dentro del plan de estas modificaciones, sin alterar lo que pudiera llamarse la esencia misma de la legislación, el derecho romano fué siempre el espejo donde se reflejó en toda época la evolución social. Por eso, abolida la realeza, y en manos de los patricios el cetro del Gobierno, el espíritu sereno y celoso de una aristocracia que había cedido, con repugnancia, a los justos reclamos del pueblo, dictó las leyes de las Doce Tablas; pero el fondo de éstas, según la acertada expresión de Gibbons, había sido calculado de acuerdo con la situación en que se encontraba entonces la ciudad. [8] De aquí en adelante, es verdaderamente grandioso contemplar cómo va desenvolviéndose sociológicamente el derecho, durante los diez siglos que discurren desde la promulgación de aquel Código, hasta las Institutas del Emperador Justiniano, porque los cambios en la legislación no van siendo sino expresión de los cambios económicos y sociales que previamente van realizándose en la estructura interna del Estado. Esas Doce Tablas, que llevaban el sello de una Asam-

(8) Autor citado.—Obra citada.

ble aristocrática creada por las combinaciones artificiosas de Servio, continuaron siendo la base fundamental de la legislación que el espíritu de la filosofía y la corriente de la opinión pública iban alterando sin destruirla. La sabia democracia romana no tuvo nunca, en medio de sus grandes reformas y de sus grandes luchas, furias jacobinas; y por eso, lejos de destruir conservó, haciéndola evolucionar, solamente, la obra jurídica que a la aristocracia le había tocado realizar; de tal suerte, que el respeto que inspiraban al pueblo las antiguas leyes, era de la misma fuente de donde salían el prestigio, el respeto y la veneración, que a ese mismo pueblo le inspiraba el aspecto grave y sereno de los antiguos magistrados de la Urbe. Durante el período más brillante de ese derecho, o sea el que transcurre entre Las Doce Tablas y la formación del Derecho Clásico, las instituciones jurídicas de Roma van creciendo, lenta pero seguramente, reflejando la legislación, las necesidades y las aspiraciones de la sociedad. La reforma progresiva de la legislación, era sólo expresión de lo que pudiéramos llamar, valiéndonos del lenguaje de Novicow: conciencia y voluntad sociales. (9) La evolución de la patria potestad, en que se pasa del derecho de vida y muerte sobre el hijo, al derecho de muerte sobre el padre que sacrifica al hijo, no fué sino

(9) Autor citado.—Conciencia y Voluntad Sociales.

la obra del cambio previo que se había verificado en las costumbres de los romanos; la evolución jurídica de la mujer, en que ésta pasa de la *manus* hasta el repudio, y del repudio, que es un privilegio del marido, hasta el divorcio, que es un derecho de la mujer, y de la *manus*, en que las ceremonias del matrimonio simulan una venta de la mujer, hasta la institución dotal, que fué, muchas veces, la compra disimulada de un marido, toda esta gama no la forman sino las notas clarísimas de una transformación económica que se realiza en el seno de la familia romana. Y si pasáis del estudio de la evolución de las nombradas instituciones, al de cualquier otro período señalado de ese Derecho, las grandes reformas sociales del año XVIII antes de nuestra éra, por ejemplo, encontraréis que las leyes de aquella época: la *lex Julia de adulteriis;* la *lex de maritandis ordinibus;* la *lex sumptuaria,* no fueron, en el fondo, sino la fiel expresión, por una parte, de aquellas poderosas corrientes que desencadenó en la opinión pública el partido puritano, y que tanto hacían sonreir al poeta de las Odas y de las Sátiras, así como el reflejo, por la otra, de aquellas tentativas de restauración aristocráticas, que tanto convenían a los planes futuros de Augusto. [10] De aquí que el derecho romano fué

(10) Puede consultarse, en este punto, a Guillermo Ferrero. Grandeur et Décadence de Rome.—La République d'Auguste.

siempre la expresión—como ya os lo he dicho—nó del estado estático de las escuelas ni de la filosofía, sino la expresión del estado dinámico por que iba atravesando la Urbe. Por esto fué aristocrático en sus primeras faces, hasta que el *quirite* pierde sus privilegios y se realiza entonces la bien entendida igualdad jurídica de las democracias: por eso es rudo y muscular y primitivo en sus primeros pasos, y científico y filosófico e idealista, cuando el progreso se hace tan intenso y la afición por los estudios tan acentuada y poderosa, que se forman familias de juristas, y aparecen las grandes Escuelas de Jurisconsultos, y se forma esa legión inmortal de Maestros que va desde los Mucios hasta Ælio Petus, y de éste hasta Servio Sulpicio, y de éste hasta Cicerón, y de este vértice de la sabiduría hasta Capitón, Labeón, Papiniano, Paulo y Ulpiano. Cuando el derecho romano llega a este período, la obra de su más completa evolución está realizada, y según la feliz expresión de Cuq, que ya conocéis, se han fijado a perpetuidad las categorías del pensamiento jurídico. Por eso, cuando en los últimos cuatro siglos que transcurren desde Adriano hasta Justiniano, en los cuales la Ley Regia ha transferido al Príncipe la plenitud del poder que por espacio de tántos siglos había venido siendo el patrimonio de la soberanía popular, el derecho civil resiste al embate de aquellos tiempos de prueba, y no

retrocede, como lo veréis, bajo los reinados de Caracalla y Domiciano. Se había formado, en la conciencia social, lo que tan acertadamente ha llamado Gumplowitz: "la dominación del derecho". [11]

Creo, señores, que no debo abusar por más tiempo de la atención que con tanta benevolencia habéis querido prestarme, y no me queda sino pediros que estudiéis con todo vuestro entusiasmo esta Ciencia del Derecho Romano. Las generaciones anteriores a la vuestra tuvieron la fortuna de encontrar en su camino a un guía maravilloso: ya habréis comprendido que me refiero a Manuel Clemente Urbanajea, hacia cuya memoria imborrable, ascienden, en esta ocasión, todos mis recuerdos, unidos a los sentimientos más puros de mi corazón. Vosotros no tendréis esa fortuna porque aquel guía era un Maestro, intelectualmente, de verdadera estirpe romana: pero lo único que os puedo ofrecer: mi compañerismo y mi entusiasmo, los tendréis desde este momento.

Declaro inaugurado el Curso de Derecho Romano en la Escuela de Ciencias Políticas.

(11) Autor citado.—Précis de Sociologie.



INTRODUCCION

CAPITULO I

DERECHO ROMANO

Concepto del derecho romano.—Fas.—Jus.—Codificación bajo Justiniano.—Divisiones del derecho según las Institutas

El Derecho Romano, en un sentido general, es el conjunto de reglas jurídicas por las cuales se gobernó el pueblo romano durante su vida. Este concepto abarca la legislación anterior a Justiniano, la que rigió bajo este Emperador, y el derecho posterior a él. En un sentido menos amplio, el Derecho Romano es, propiamente, el conjunto de instituciones jurídicas compiladas por el Emperador Justiniano y promulgadas por él. Este derecho es el que ha servido de base, no sólo a lo que pudiera llamarse derecho neo-romano, sino al derecho contemporáneo, a tal punto que se puede afirmar que "el derecho romano vive todavía en nuestra época". [1] El Derecho Romano, bajo Justiniano, está com-

(1) Véase Charles Phineas Sherman. Roman Law in the Modern World. Vol. I.

prendido o encerrado en cuatro colecciones que formaron el *Corpus Juris Civilis,* y que son: El Digesto o Pandectas, *(Digesti, Pandectæ);* el Código, *(Codex Justinianus);* las Institutas o Instituciones, *(Institutiones);* que fué el libro que aquél Emperador ordenó que se preparase para que sirviera de norma, en Bizancio, a los estudiantes de Derecho; y, por último, las Novelas, *(Novelæ).*

El Digesto estaba formado de una serie de fragmentos y compilaciones de jurisprudencia tomados de las obras de los más renombrados jurisconsultos romanos de la época clásica, que fué el período durante el cual el derecho alcanzó el vértice de su desarrolló filosófico, y estaba dividido en cincuenta libros. El Digesto entró en vigencia a fines del año 533 de nuestra éra.

El Código fué una compilación de leyes y Constituciones Imperiales, en que fueron, grandemente aprovechados, los trabajos de compilación hechos con anterioridad a la obra gigantesca de codificación de Justiniano, principalmente los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. La primera edición del Código, fué promulgada en el año 529 de nuestra éra; pero cinco años, más tarde, fué publicada una segunda edición del mismo, que contenía un trabajo más cuidadoso, atendido a que había sido muy corto el tiempo de que se había dispuesto para la preparación de la

primera. Esta segunda edición, no sólo fué una obra más acabada de compilación, como queda expuesto, sino que le fueron incorporadas nuevas leyes, y algunas decisiones que habían recaído sobre ciertas controversias que se habían suscitado durante el curso de la compilación. (2)

Las Institutas eran, como antes dijimos, una obra didáctica que contenía una exposición elemental del derecho romano, destinada a facilitar su estudio a los que se iniciaban en la carrera de las leyes. Fué una obra calcada sobre un trabajo análogo que había hecho el jurisconsulto Gayo, que floreció en la época de los Antoninos, y que llevaba el mismo título; pero cuanto resultaba de anticuado en el texto de Gayo, que había sido preparado cuatro siglos antes, fué sustituido por los textos vigentes para la época de Justiniano, de manera que las Institutas vinieron a ser, propiamente, un reflejo del derecho bizantino. Las Institutas fueron publicadas el año 533.

Las Novelas fueron una compilación de las muchas leyes que fueron promulgadas bajo el citado reinado de Justiniano, después de publicadas las compilaciones de que queda hecha mención. Muchas de esas leyes derogaron principios que estaban sentados en el

(2) Pueden consultarse: Pietro Bonfante, Instituzioni di Diritto Romano, y también, Sherman, obra citada.

Digesto y en el Código, introduciendo, a veces, reformas trascendentales, como pasó, por ejemplo, con el orden sucesoral, que fundado hasta entonces en el concepto jurídico de una familia artificial constituida por los vínculos de la agnación, pasó a cimentarse sobre los de la cognación, que han perdurado hasta hoy. Las Novelas abarcaron el período del año 535 al 565 de nuestra éra, o sea, los treinta años de reinado del citado Emperador, que transcurrieron después de terminada su obra grandiosa de compilación del derecho romano. Las Novelas, como expresión de un derecho más reciente, prevalecían sobre el Código, el Digesto, y las Institutas, y la última en fecha derogaba a las anteriores. Estas Novelas fueron publicadas en griego; pero, más tarde, un profesor de derecho de Constantinopla, hizo un resumen de ellas en latín. Para llevar a cabo Justiniano su portentoso plan, escogió a su Ministro Triboniano, a quien secundaron, entre otros, dos notables profesores de leyes en Constantinopla, llamados Teófilo y Doroteo. Gracias a las sabias y sagaces investigaciones de Blume, [3] se conoce hoy el plan que siguió la referida Comisión, la cual confió el trabajo de la compilación a sub-comisiones que estaban encarga-

(3) Consúltese Sherman, obra citada. La teoría de Blume ha sido combatida por Hofman. Véase el examen de esta crítica en la notable obra del profesor Pietro Bonfante, Storia del Diritto Romano. Tomo II.

das de extractar, por ejemplo, una, la doctrina de los Sabinianos, [4] otra, el derecho honorario, otra, los trabajos, las obras y las opiniones de otros jurisconsultos clásicos, especialmente Papiniano. De aquí resultó, naturalmente, que había cuestiones de escasa importancia que fueron descartadas de la codificación, y otras en que había contradicciones y opiniones encontradas, de lo que vino a aparecer, en definitiva, que para que la obra fuera expresión del derecho que debía aplicarse bajo Justiniano, la referida Comisión alteró muchos

(4) El fragmento de Sexto Pomponio, que aparece en el Título II del Libro I del Digesto, contiene las más interesantes noticias acerca del origen del antiguo derecho romano, y de su desenvolvimiento, hasta la gran éra de los jurisconsultos clásicos. En esos fragmentos se encuentran datos de la mayor importancia respecto de las dos Escuelas de Proculeyanos o Pegasianos, y de Sabinianos o Cassianos, relacionadas con el oficio público, que recibían ciertos jurisconsultos de nota, de resolver las cuestiones que se les sometían, función ésta que adquirió un carácter elevadísimo, porque la ciencia del derecho la forjaba, propiamente, la libre discusión de la clase que se dedicaba a cultivarla y a engrandecerla, y por el papel preponderante y envidiable, que, debido a su saber, a su austeridad y a su probidad, llegó a tener el jurisconsulto en Roma. No habremos de entrar en el análisis minucioso de la organización de ambas Escuelas, lo que nos descarriaría de nuestro propósito, ni tampoco en el examen de lo que algunos expositores de derecho romano, dando a veces rienda suelta a la imaginación, le atribuyen al fragmento de Pomponio. Pero lo cierto es que existieron dos agrupaciones de jurisconsultos cuyas opiniones estaban lejos de acordarse en muchas importantes cuestiones de derecho civil. Labeon y Capitón, los dos más grandes jurisconsultos de su época, fueron, respectivamente, los fundadores de las dos nombradas Escuelas: el primero, de la de los Proculeyanos, el segundo, de la de los Sabinianos, bien que fueron Próculo y Sabino, los discípulos, respectivamente, del uno y del otro, y dos grandes jurisconsultos también, quienes dieron su nombre a las Escuelas. Conocido es, en la historia del derecho romano, el antagonismo que, en punto de ideas políticas, dividía a los dos jefes de ambas Escuelas: la independencia de Labeon ante el César: y la excesiva complacencia de Capitón. Refiere Giovani Baviera, en una interesante monografía sobre ambas Escuelas, que Labeón era hijo de un jurisconsulto ilustre que se había suicidado después de la derrota de Filipos, sepultándose en la tumba que había mandado a cavar, con un esclavo, en el sitio donde estaba su propia tienda de campaña. Apunta el autor citado que Labeón había heredado de su padre el mismo carácter férreo y el odio implacable contra el

textos e interpoló palabras y frases, que se han conocido con el nombre de *emblemata Triboniani*, o simplemente, interpolaciones, y también Tribonianismos. (*)

La palabra derecho *(jus)*, tuvo en Roma muchos significados. Desde un punto de vista objetivo, derecho quería decir una regla obligatoria para todos, promulgada y sancionada por el poder público. En este sentido *jus* es equivalente a una regla de acción: *norma agendi*. A veces se entendía por derecho, la facultad que confería la ley: *(facultas agendi)*; otras, lo que era

---

orden de cosas de que era representante Augusto: que era además estoico, y estaba dotado de un ingenio eminentemente jurídico, que él había aquilatado con una cultura científica, vasta y profunda; y que era, por último, independiente en sus opiniones que, como fruto del libre examen que las inspiraba, las oponía siempre a las opiniones tradicionalistas. Dice el mismo autor citado que Capitón, por el contrario, era un ferviente adicto de Augusto, y de sus planes de restaurador de la monarquía romana, por lo que llegó a ser el personaje que aquél necesitaba para contrabalancear la influencia de Labeón, y de allí los honores que recibió y los cargos públicos que desempeñara. Pero este carácter tan diferente de los dos maestros, no tuvo una relación íntima e inmediata en el desarrollo de ambas Escuelas. El autor, que acabamos de citar, lógicamente relaciona la divergencia de opiniones entre éllas con la época en que los jurisconsultos que gozaban del *jus respondendi* tenían cada uno un sitio fijo: *stationes,* donde ejercían sus funciones, porque en realidad Proculeyanos y Sabinianos no estuvieron separados por ninguna tradición especial, ni el método que empleaban los unos era opuesto al de los otros. (Véanse para completos detalles: autor citado, Le Due Scuole dei Giureconsulti Romani; Girard: Manuel de Droit Romain; y Ortolán, Historia de la legislación romana).

(*) Debe tenerse en cuenta, al estudiar la obra legislativa de Justiniano, que ésta no es la expresión genuina del derecho romano clásico, por más que el citado Emperador hubiera tenido por norma la reconstitución de aquél. La obra jurídica de Justiniano tuvo necesariamente que recibir la influencia poderosa de las ideas orientales, que habían ido dejando una huella profunda a partir de Constantino, y de aquí que aun cuando en ella fueron valiosamente aprovechados los materiales de lo que constituia indiscutiblemente el verdadero espíritu del derecho romano, debemos reconocer, con todo, que el nombre que corresponde a esa obra es el de derecho bizantino. (Véase en este sentido la excelente monografía de Collinet: Etudes historiques sur le Droit de Justinien. Tomo I).

recto, y opuesto, por consiguiente, al mal o a lo que era desviado; otras veces, lo que era opuesto a la equidad, y en este sentido decían: derecho estricto, por la regla legal o la interpretación de una regla legal en la que estaba excluida la equidad; otras veces, significó el lugar donde era administrada la Justicia, lo que pudieramos designar hoy con la expresión de Palacio de Justicia. (5) También decían los romanos, según la definición de Celso: *ars boni et aequi.* En esta expresión, como se vé, se tomaba el derecho como un arte: el arte de lo bueno y de lo equitativo. (6)

Mucho se discutió también en Roma el origen de la expresión *jus*, que tomando en cuenta el antiguo vocablo *jous*, que significaba ley, se ha pretendido que está ligado a Jove (Júpiter) Jehová, que dá idea de una

(5) Véase Digesto.

(6) Bonfante trae una observación digna de ser tomada en cuenta, al referirse al sentido en que los romanos tomaban la expresión *aequitas*, cuando indicaba el derecho por su aspecto intrínseco y final, en que la citada expresión tenía una etimología cierta y casi evidente, significativa de unidad, igualdad, que representaba vivamente el principio imperativo del derecho, que consiste en establecer las condiciones y los límites de las acciones de cada uno, que deben ser iguales para todos, tomando en cuenta las razones de cada uno, y las relaciones con los demás asociados. En nuestros días, pues, con arreglo a este concepto, no existe un vocablo cuyo sentido equivalga al de la expresión romana *aequitas*, y esta expresión, usada en la compilación de Justiniano, donde tiene, realmente, el sentido en que hoy se la emplea, de término medio, indulgencia, amplitud de concepto, fundado en las circunstancias que emanan del caso concreto y que el Juez toma en consideración, no es sino una interpolación en los textos de los jurisconsultos, que no tiene ninguna relación, ni linguística ni sustancial, con la palabra romana *aequitas*, sino con la palabra griega εχιειχει α, que sí tiene el significado que le dieron los compiladores de aquella época, y que es el que hoy conserva. (Véase Bonfante. Istituzioni de Diritto Romano, Introduzioni).

voluntad divina. Recientemente se la pretende derivar del sanscrito *ju,* donde significa: ligar, unir, dando idea de que el derecho es el lazo social. Breal la hace derivar de la expresión *jos-jaos* o *jaus,* que se encuentra en los Vedas, o del *jaes* del Zend-Abesta, que en opinión del referido investigador, equivalía también, a voluntad divina. Esta interpretación tiene a su favor el que ella explicaría la fórmula que empleaba el Presidente de los Comicios cuando le proponía al pueblo romano alguna ley: *velites jubeatis,* Quirites, etc?, que significa en romance: Quirites, consideraréis como voluntad divina que...? [7] Por otra parte, un amplio campo de investigación histórica, en el mundo del derecho romano, ha sido descubierto desde que Ihering, primero, y después Revillout, y Morris y Scherman, últimamente, han venido atribuyéndole a Babilonia un carácter principalísimo de haber sido la cuna del derecho. El descubrimiento del Código de Hammurabi, revelador de haber poseído aquella ciudad un completo sistema de leyes y de tribunales, y el hecho de la influencia ejercida por la legislación caldea sobre el Indostán, y principal y señaladamente, sobre el Código de Manu, son elementos poderosos que concurren a no considerar desorientadas las investigaciones de

---

(7) Véase James Muirhead, Introduction Historique au Droit Privé de Rome.

Breal. [8] Por otra parte, este concepto de considerar el derecho como expresión de la voluntad divina, tiene su explicación en el derecho romano, en que antes de aparecer la noción del *jus,* que da la idea del derecho escrito, promulgado por el poder público, lo que existió en Roma, fué un conjunto de reglas de Derecho divino, que se conocen con el nombre de *Fas.* Este Fas designaba la voluntad de los dioses, lo que pudieramos llamar en nuestros días, revelación del cielo a los hombres de la tierra. Es singular, en la historia de Roma, que aún cuando la característica del derecho divino fuera su aplicabilidad, como es hoy, dentro del fuero de la conciencia, con sanciones puramente morales, el *fas* tuviera sanciones temporales, semejantes a las que tuvo el derecho escrito, como pasaba con ciertos y determinados actos, que las reglas de ese *fas* castigaban con penas severísimas. Así, el hijo que alzaba la mano contra el padre, era considerado *sacer* por las reglas del *fas,* lo cual equivalía a una completa segregación social, que el derecho escrito llamó más tarde: *capitis deminutio máxima:* tal sucedía igualmente, con el que se atrevía a remover las piedras que servían de límite entre las propiedades, lo cual equivalía a cometer un

(8) Consúltense Sherman obra citada, Chapter III, y también, D'Aguanno: Génesis y evolución del Derecho Civil, que contiene un estudio comparativo del citado Código de Manu con la legislación romana.

sacrilegio por estar dichas piedras bajo la protección del dios Límite.

Antes de la promulgación del derecho escrito, realmente, el *fas* era la expresión, en Roma, de un amplio cuerpo de principios, que velaban por los derechos inmanentes del Estado Romano, por la conservación de los elementos fundamentales del orden social, y por la imperturbabilidad de las reglas de la moral, sobre las cuales se apoyaba la unidad de la familia. De aquí, pues, que él prohibiera que pudiera emprenderse una guerra sin la previa observancia de las ceremonias feciales que debían practicarse, lo cual no era, en el fondo, sino poner el asunto en las manos del arúspice, para que fuese declarada la guerra cuando estuviera en el interés y en la conveniencia de la clase guerrera de que aquel sacerdote no venía a ser sino un órgano. Ese *fas* prescribía la hospitalidad respecto del extranjero a quien un sentimiento religioso hacía ver bajo el poder divino que también protegía al que la prestaba, y castigaba, severamente, el asesinato, porque no sólo arrebataba una existencia que estaba amparada por los dioses, sino porque era debilitar el núcleo social arrebatándole un individuo que podía darle hijos al Estado Romano, y que estaba obligado a defenderlo como soldado. Reprobaba y también castigaba el *fas*, la venta que el marido hacía de su mujer, compañera,

según las costumbres, en las cosas divinas y humanas; castigaba, por último, las uniones incestuosas, el falso juramento, y la violación de un voto. [9]

Definían los romanos la Justicia diciendo: *Justitia est constant ac perpetua voluntas jus suum quique tribuendi,* que significaba: la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho. Esta definición estaba tomada del jurisconsulto Ulpiano, y ha dado lugar a dificultades en cuanto a su interpretación, pretendiendo algunos autores que Ulpiano dijo *tribuens* en vez de *tribuendi,* siendo por cierto preferible esta última expresión, porque revela la idea de justicia de una manera abstracta, lo que es más cónsono con la idea que expresa la definición. Acerca de la expresión *perpetua,* también se ha discutido mucho, siendo la opinión más plausible la de que fué la idea de Ulpiano, como estoico que era, atribuirle a la idea de justicia, considerada como una virtud, lo que caracterizaba toda virtud en esa escuela filosófica, a saber: una constante, firme y perpetua voluntad. [10]

La anterior definición de la justicia se encuentra al comienzo del Libro Primero de las Institutas de Justiniano, ya referidas, y en el propio Título se halla

(9) Puede consultarse Muirheard, obra citada.

(10) Puede consultarse Apuntes de Derecho Romano. Biblioteca Universitaria de Barcelona de España. Tomo I.

también, tomada del mismo Ulpiano, la definición de la *Jurisprudencia,* que es esta: *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum, rerum notitia, justi atque injusti scientia,* lo cual quiere decir: el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto. Esta definición de la jurisprudencia ha dado también lugar a que se discuta su verdadero significado, pues algunos han pretendido que lo que Ulpiano quiso expresar, fué considerar, también, desde el punto de vista de la filosofía estoica, a la ciencia del derecho como una rama de la Filosofía, al paso que otros, con mejor sentido, pienso que lo que quiso Ulpiano expresar, fué que para ser jurisconsulto, no sólo se requería conocer el derecho positivo, sino conocer también el derecho sagrado que había sido la primera faz, y la primera etapa de ese mismo derecho. (11)

En el mismo Título dicen las Institutas, tomados del mismo Ulpiano, que los preceptos del derecho son tres, a saber: *honeste vivere, alterum non loedere, suum quique tribuere,* que significan respectivamente: vivir honradamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo. Estos tres preceptos forman todavía hoy la base del derecho contemporáneo.

Pasando ahora a las distintas divisiones que las Institutas traen del derecho, nos encontramos con que

---

(11) Véase misma obra.

se lo divide en público y privado, entendiéndose por derecho público, el que concierne o mira a las cosas romanas: *jus publicum est quod ad statum rei romanæ spectat.* Y derecho privado el que se refiere a la utilidad de los particulares: *jus privatum, quod ad singolorum utilitatem pertinent.* El derecho público era, pues, el que contemplaba las relaciones políticas, y organizaba los fines que debía perseguir el Estado; el privado era el que regulaba las relaciones privadas de los particulares, fijándoles las condiciones y los límites que debía tener el derecho de cada uno.

Otra división del derecho, que se encuentra también en las Institutas, es la división trimembre, tomada de Ulpiano, de derecho natural, derecho de gentes, y derecho civil; y la división bimembre, de Gayo, en derecho natural o de gentes, y derecho civil. Ha sido censurada, unánimemente, la primera citada división de Ulpiano, porque cuando éste definió el derecho natural, dijo que era el que la naturaleza enseñaba a todos los animales: *quod natura omnia animalia docuit,* lo cual es inexplicable desde todo punto de vista. De aquí ha provenido el que haya sido la nomenclatura de Gayo la que predomine. Como se habrá observado, este jurisconsulto consideró el derecho natural o de gentes como una sola rama, e hizo otra del derecho civil. Para Gayo, el derecho natural era el que la razón

natural establecía entre todos los hombres: *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, o sea un derecho que no requiere la intervención humana del legislador. En cuanto al derecho civil, lo definió diciendo, que era el que cada pueblo establecía para su gobierno: *quod quisque populus ipse sibe jus constituit*, entendiéndose por gobierno, la dirección o normas privadas entre sí, de los individuos que constituyen una misma agrupación, al paso, que el *jus gentium* o natural, era el que es común a todos los pueblos. En nuestros días estos conceptos han cambiado, porque el derecho de gentes es el que rige las relaciones internacionales de los distintos Estados, así en la paz, como en la guerra, y el derecho natural tiene un concepto enteramente distinto, que depende de la escuela filosófica que lo considere. Pero lo que si hay que observar es, que el derecho de gentes o natural, no significó en Roma derecho internacional, sino únicamente, un conjunto de reglas que eran comunes a los ciudadanos romanos y a los extranjeros, que Roma llamaba peregrinos. Este derecho, pues, no contemplaba las relaciones de Estado a Estado, ni la aplicabilidad al extranjero de las leyes de su nacionalidad, sino un conjunto de normas jurídicas en que no había solución de continuidad entre los romanos y los demás individuos pertenecientes a las gentes o naciones con quienes tenía Roma amistad y relaciones.

Divídese también el derecho en escrito y no escrito. Se entiende por el primero, el derecho que ha sido promulgado con arreglo a las formalidades que cada pueblo ha establecido para ello, sin atender a que conste o nó de un texto escrito de ley. En cambio, se entendía por derecho no escrito o consuetudinario, el que no había sido promulgado con arreglo a las formalidades de que se ha hablado, pero que había sido practicado por una costumbre que había sido seguida y obedecida. En Roma, antes de que apareciera el derecho escrito, o sea, el derecho promulgado por el Estado romano, la sociedad romana se gobernaba por el derecho consuetudinario: *jus quod usus approbavit,* que no fué sino la fuente primitiva del derecho escrito. El consentimiento espontáneo de la norma jurídica, que se traducía en el uso constante que todos hacían de ella, era, precisamente, la que venía a darle fuerza legal a esa costumbre, que como antes decíamos, debía ser espontáneamente practicada. Las mismas Institutas definían la costumbre así: *diuturni mores concensu utentium comprobati,* lo que, en el fondo, no hacía sino reproducir las expresiones que encerraban el concepto del derecho consuetudinario, pero que como definición ha sido criticada, y con razón, por incompleta. [12] El Censor, en Roma, vigilaba por el estricto cumplimiento de este derecho que formaban *las boni mores.*

---

(12) Véase Bonfante, obra citada.

CAPITULO II

FUENTES DEL DERECHO

Ley.—Plebiscito.—Senado-Consulto.—Constituciones Imperiales.—Edictos de los Magistrados. Respuestas de los Prudentes

LEY-PLEBISCITO

Aun cuando estas fuentes de la legislación romana, no fueron las mismas en los distintos períodos de su historia, podemos resumirlas, de acuerdo con la nomenclatura de Gayo, así: la ley, el plebiscito, el senado-consulto, las Constituciones Imperiales y las respuestas de los prudentes.

Se entendía por Ley, lo que el pueblo romano establecía a propuesta de un Magistrado del orden senatorial, como era un Cónsul, por ejemplo: *quod populus romano senatorio magistratu interrogante, veluti Cónsule, constituebat*, al paso que el Plebiscito era lo que la plebe establecía a propuesta de un Magistrado plebeyo, como era un Tribuno: *quod plebs, magistratu plebeio interrogante, veluti tribuni, constituebat.*

Para comprender mejor estas fuentes del derecho romano, se hace necesario decir algunas palabras acerca de la composición y de la organización de la sociedad romana. Desde luego que los orígenes de Roma son, absolutamente, legendarios. Pero es cosa averiguada que había clases, y que existía una, la de los quirites, (los hombres de la lanza), que se había abrogado un derecho privilegiado, que fué el derecho quiritario. La referida clase de los quirites, estaba organizada por curias, y era la que tenía el derecho de habitar la *Urbs quadrata;* la que hasta Servio Tulio, por lo menos, formaba la clase de los ciudadanos; la única que podía consultar a los dioses por medio de los *auspicia,* y participar en el culto consagrado a las divinidades tutelares de Roma. En el seno de esa clase era donde el Rey escogía su Consejo de Ancianos, y la única que debió concurrir a los Comicios por Curias, que era la Asamblea de los guerreros, y la encargada de votar las leyes que proponía el Cónsul, cuando vino éste, a la caída de la realdad, a reemplazar al Rey. Eran los patricios los únicos que podían contraer justas nupcias y los únicos que tenían derecho al beneficio de las instituciones propias de Roma. Eran clases aristocráticas, o gentes, que ellos decían, que formaban una verdadera federación de familias, que

pretendían arrancar de un tronco común. [1] Desde luego, que antes de que estos grupos o clases se unieran estrechamente entre sí, y de que de esa unidad política hubiera nacido la necesidad de reconocer un solo jefe, y tener unas mismas instituciones y un mismo culto, cada *gens* debió ser autónoma, con su jefe, su culto, sus individuos familiarmente unidos, su territorio, sus sepulturas comunes, y de aquí que nos encontremos, después, con la tutela de los gentiles, y con la herencia que también se defería a los mismos gentiles. Estas clases, pues, constituían una sola familia, estrechamente unida, para los fines de la vida social y económica. [2]

Ahora bien, al lado de esta clase privilegiada, fueron formándose otras agrupaciones sociales: la clientela y la plebe. El mismo Muirhead, tomando principalmente por base los datos suministrados por Dionisio de Halicarnaso, primero, y por los notables trabajos de Mommsen, en los tiempos modernos, explica, cómo los éxitos guerreros que iban obteniendo los pri-

---

(1) Muirhead, obra citada.

(2) Muirhead, obra citada: Para una información completa de los orígenes de Roma y de su organización social y jurídica, hasta donde ha sido posible llevar la más paciente investigación, pueden consultarse, principalmente: Th Mommsen, Manuel des Antiquités Romaines; Krueger, Histoire des Sources du Droit Romain; Foustel de Coulanges, La Ciudad Antigua; Ortolán, obra citada; Gibbon; Grandeur et Decadence de l'Empire Romain; Bonfante, Lezoni di Storia del Diritto Romano; Girard, Histoire de l'organisation judiciaire des Romains; Guerard, Essai sur l'histoire du droit privé des Romains, Yhering, El Espíritu del Derecho Romano.

meros romanos sobre las tribus o agrupaciones de los pueblos que rodeaban a Roma, trajeron por consecuencia el que los vencidos se hubieran visto obligados a solicitar de la clase aristocrática que dominaba en Roma, una protección que sólo ella podía darles, y cómo, de acuerdo con una práctica que era familiar tanto a los Latinos como a los Sabinos, los recién llegados invocaban la protección de los jefes de las familias patricias, quienes aún cuando no llegaban a darles la calidad de ciudadanos romanos, sí les prestaban la protección indirecta de las instituciones romanas, desde el momento en que esos protegidos venían a ser individuos libres de la *gens,* de la que el protector formaba parte. Y así fueron formándose relaciones morales entre el cliente y su patrono, que debieron comenzar por ser muy personales: relaciones de fidelidad, de homenaje y de servicios, que debían asumir más tarde, como lo veremos, el carácter de verdaderas obligaciones legales. Entre el patrono y su cliente debió pasar otro tanto; y si el último estaba siempre obligado a sostener los intereses del primero, y en el curso del desenvolvimiento de esas relaciones debía llegar hasta dotar la hija del patrono, éste, en cambio, debía protegerlo, darle tierras para que las labrara, ampararle en sus pleitos, y obtener por él reparación de los daños que se le causaban. Fue así,

al amparo de esta protección, como muchas familias recorrieron en Roma una dilatada escala ascendente, y contaban con orgullo, el haber sido, su remoto fundador, cliente de algún quirite que se señalaba por su linaje, su influencia y su poder. Por estas mismas relaciones de subordinación que debió tener el cliente de los primeros tiempos de Roma respecto del patrono, en que como hemos visto, se trataba de un extranjero incorporado de hecho, pero no de derecho, a la ciudadanía romana, se comprende que esa clase no podía ser considerada como un elementos del pueblo romano cuando las curias se reunían en los Comicios a votar una ley.

Pero al lado de las dos clases de elementos sociales, a que acabamos de referirnos, se fué formando en Roma una clase inferior: la de los plebeyos. Formaban esta clase los hombres libres, que sin ser ni ciudadanos, ni patricios, ni clientes, vivían, sin embargo, en Roma, buscando de hecho, al menos, la protección y el beneficio de sus instituciones. Debieron ser, en su origen, los elementos de alguna ciudad destruida, sin categoría bastante para llegar a ser, como lo habían sido los latinos, sabinos y etruscos, capaces de formar una clase aristocrática y dominadora, pero, a la vez, suficientemente altivos, para no someterse a la situación pasiva, ni a la condición de protegidos que te-

nían los clientes. Este grupo, que pudo ser pequeño en los primeros tiempos, creció luego, prodigiosamente, formando una masa heterogénea de individuos: un verdadero conglomerado social donde había elementos superiores en gran número, y otros sometidos de grado o de valimiento, a Roma. Muchos debieron existir desde la fundación de la ciudad, si se admite la hipótesis de una conquista que puede quedar elevada a categoría de verdad histórica, si lo revelan los trabajos de excavación que se prosiguen en el sitio mismo que ocupó la *Urbs quadrata:* otros eran inmigrantes voluntarios que hacían el comercio; otros eran refugiados o desertores de sus agrupaciones por transgresiones legales que habían cometido; otros eran los que la conquista había dejado sin patria y sin hogar. Descendientes de clientes mismos, rebeldes o ingratos, que se volvían contra sus patronos o contra las familias de éstos, debieron entrar a formar parte de esa masa que constituía la plebe romana. Este grupo social no tomaba parte en los Comicios por Curias, en los que sólo participaban los patricios, y esta hipótesis es más verosímil que la otra que Accarias examina, apoyada en textos de Dionisio de Halicarnaso mismo, de Aulo Gelio y de Cicerón, pero combatida por Tito Livio. [3] Se atribuye a Numa Pompilio la organización de esta

(3) Accarias: Précis de Droit Romain. Tomo I.

masa de plebeyos en *collegia opificum*, que no eran sino organizaciones o corporaciones de artesanos y de obreros, que eran a ellos lo que la gentilidad a los patricios. Esto no tenía nada que hacer con su posición política: se cree que tenían un mismo culto, quizás sus sepulturas comunes, y un Consejo para arreglar sus diferencias. No venían de un mismo antepasado común; los unía el vínculo de su clase social desheredada, nada más. Se les dieron tierras, más tarde, y se organizaron ferias o mercados hebdomadarios en Roma, adonde se les permitía traer y vender sus productos. No hay prueba de cómo les eran dadas esas tierras y por quién. Si es posible admitir que el Estado protegiese, desde un punto de vista jurídico, la adquisición y trasmisión de esas tierras, como se ha pretendido, lo cual niegan otros historiadores, lo cierto es que a esta clase se la vé excluida de toda participación en la religión de los patricios, que no podía incorporarse, por matrimonio, a las familias patricias, y que durante los primeros siglos de Roma, carecía de gentiles, lo cual era privarla de la tutela y del beneficio de la herencia. (4)

Hemos dicho que esta clase estaba excluida, de derecho, de la categoría de ciudadanos romanos, que era entonces sólo un privilegio aristocrático del qui-

---

(4) Consúltese Muirhead, obra citada.

rite, y que no formaba parte de los Comicios, a los que las curias concurrían en el Forum, cuando se votaba una ley. De aquí, pues, que cuando dice el texto de las Institutas que era ley lo que el pueblo romano establecía cuando era para ello interrogado por un Magistrado del orden senatorial, la expresión pueblo romano debe entenderse en un sentido restrictivo, limitada a las curias patricias que eran las que tenían el derecho de concurrir a aquellas Asambleas y tomar parte en la votación de una ley. Debemos advertir que en los Comicios por Curias, cada curia tenía un voto, que se obtenía por mayoría de opiniones de los individuos que la componían.

A esta organización de los Comicios por Curias, siguió la de los Comicios por Centurias. Debióse la reforma a Servio Tulio, quien al instituir el Censo, hizo una nueva clasificación de la población romana, tomando en cuenta, no directamente la nobleza, como era el sello que habían venido teniendo las primeras Asambleas, sino indirectamente, porque la riqueza estaba, a su vez, en las manos de aquélla. De manera que desde el punto de vista democrático, los Comicios por Centurias no diferían de los Comicios por Curias, y aun cuando entre las centurias había, por ejemplo, la de los obreros, *(fabri)*, y dos de músicos, *(tibicines y cornicines)*, ni éstas ni las demás centurias, que no es-

tuvieran respaldadas por la fortuna, podían llegar a votar. Es sabido, según el testimonio de Cicerón, que la Centuria, que votaba en primer término, ejercía una influencia decisiva sobre las demás, a lo cual se agregaba que la práctica era hacer votar las primeras noventa y ocho centurias de la primera clase, que eran las de los que tenían una fortuna mayor de cien mil ases, o sea precisamente, los jefes de familia de las casas patricias, y si 97 de esas centurias estaban de acuerdo respecto de la ley que se votaba, ésta quedaba aprobada y la Asamblea se disolvía. [5] Los Comicios, pues, por Centurias, no fueron sino una expresión plutocrática de la sociedad romana, que había reemplazado, en el reinado de Servio Tulio, a una organización fundamentalmente aristocrática, pero que en el hecho y en la práctica, eran idénticas, por más que la última tuviera una apariencia democrática. La ley, pues, que dictaban estos Comicios que se reunían, no ya en el Forum, sino en el Campo de Marte, era también la voluntad de una clase que era la que se había abrogado la representación del pueblo romano. Tal, por lo menos, debió ser la situación en los primeros tiempos.

Para la formación de las leyes en estos Comicios por Centurias, se le entregaban a cada votante dos tablillas revestidas de cera, de las cuales una tenía las

(5) Véanse amplios detalles en Accarias, obra citada. Tomo citado.

letras U. R. que querían decir *uti rogas,* (como lo propones); y la otra una A. y una P. que significaban: *antiguo probo* o sea (apruebo lo antiguo). Los que votaban por la aprobación de la ley que se proponía, entregaban la primera tablilla; los que opinaban en contrario, entregaban la otra, y el voto de la mayoría de las centurias, del modo que queda antes expresado, le daba o no le daba pase a la ley propuesta.

Los Comicios a que venimos refiriéndonos eran Comicios patricios y aristocráticos, en el fondo, como queda expresado, de los que estaba excluida, virtualmente, la plebe romana. Se cree que después de las leyes *Valerio-Horacianas,* que organizaron de nuevo los Comicios, los plebeyos formaban también parte de estas asambleas. Pero como quiera que era siempre un Magistrado patricio quien las presidía, y quien tenía el poder de escoger las proposiciones que podían sometérseles, en la práctica las leyes votadas por dichos Comicios eran las que sólo convenían a los intereses de los patricios.

Esta desigualdad entre patricios y plebeyos, dió lugar a una lucha secular entre ellos, de la que es expresión, el reconociimento del Plebiscito en la misma categoría de una Ley.

La plebe romana había venido organizándose desde la época de los *collegia opificum,* a que ya nos he-

mos referido, y con el trascurso del tiempo, había llegado a agruparse en Asambleas que llamaban *Concilium plebis.* Estas Asambleas tomaban acuerdos y resoluciones que llamaban plebiscitos, pero que carecían de toda sanción legal, y por consiguiente, de todo carácter obligatorio, ni siquiera, al principio, para la plebe misma. Más tarde estos plebiscitos serán obligatorios para ella, y llegarán a serlo también para los ciudadanos, cuando estén confirmados por el voto del Senado. Y fué que a la simple reglamentación profesional de los tiempos de Numa, había seguido una verdadera organización política en el cuerpo de la plebe romana, que ahogada por el peso de una desigualdad de todos los órdenes, así en lo político, como en lo social y jurídico, le promovía a cada paso grandes conflictos al poder aristocrático de los quirites. Ya el año 260 (A. de J. C.), se había retirado en masa al Monte Sacro, amenazando a Roma, con una verdadera guerra de secesión. No la hubo gracias a un hábil tratado que se celebró entre ambos beligerantes y del cual resultó la institución del Tribunado, como lo veremos, que fué un gran triunfo político para la plebe, y de resultados portentosos para su evolución jurídica y social. Esta lucha entre patricios y plebeyos siguió por más de dos siglos, pues vino a ser en el año 467 (A. de J. C.) cuando una ley, llamada Hortensia, elevó

el plebiscito a la misma categoría que tenía la ley. Veníale el nombre a la citada Ley del Dictador Hortensio, que fué quien la propuso. En Roma la ley tomaba el nombre de quien la proponía, y cuando podía haber confusiones, se agregaba también el de la materia a que se refería. Esta ley Hortensia vino a cristalizar una evolución que comenzó, como lo hemos apuntado, con el nombramiento de los Tribunos, y cuyas jornadas iban siendo marcadas por las leyes Valerio-Horacianas, del año 305, y por la ley Publilia, que había sido promulgada ciento diez años más tarde. El poder secular de la aristocracia romana se defendía, enérgicamente, de las invasiones, cada vez más audaces y temibles, de la plebe romana, y en sus retiradas, apenas cedía palmo a palmo el terreno. Las ventajas que iba alcanzando el partido popular, no quedaban aseguradas para éste sino a cambio del reconocimiento de alguna prerrogativa o de algún privilegio para el partido aristocrático, y así se ve, por ejemplo, que antes de que se rompieran los diques de toda resistencia, y llegara a promulgarse la citada ley Hortensia, las leyes Valerio-Horacianas hubieran subordinado la fuerza obligatoria del plebiscito para todo el pueblo romano, (quirites y plebeyos), a la autorización previa del Senado, y a la ratificación, más tarde, de las Curias, condiciones éstas que derogarán,

luego, después de una lucha secular, como hemos visto, la ley Publilia, primero, que hará innecesaria la primera condición, y la ley Hortensia, definitivamente, que suprimirá la segunda. De aquí en adelante, el Plebiscito quedará equiparado a una Ley; no habrá entre la una y el otro ninguna distinción jurídica, y grandes leyes, que marcarán grados avanzados de la evolución jurídica de Roma, no serán sino Plebiscitos: la ley Cincia, la ley Falcidia, la ley Aquilia, y una multitud de otras más.

Hemos observado que en la lucha secular entre los dos partidos que se disputaban los destinos de Roma, era siempre una transacción la que le ponía punto al conflicto, o la que evitaba un mal mayor. A veces los patricios se contentaban con la conservación de los privilegios que les eran más necesarios, y que convenían también mejor a la suerte de la República, como lo comprobaron los hechos del porvenir, porque en el fondo, por fuertes e impetuosas que fueran las olas embravecidas de aquella plebe profundamente resentida y audaz, e inteligentemente dirigida, esas olas no podían barrer a Roma sin estrellarse antes y romperse sobre los diques, formidables también, del partido tradicionalista.

Muchos ejemplos podrían citarse que justificarían, plenamente, la aserción anterior, pero nos limi-

taremos solamente a dos: hemos dicho que el derecho romano prohibía el matrimonio entre patricios y plebeyos: ésta había sido la regla que venía practicándose como una costumbre en Roma, y al aparecer la codificación, con las XII Tablas, aquella costumbre pasó a ser un principio sancionado por este Código. No habían transcurrido diez años de su promulgación, cuando el Tribuno Canuleyo propone la supresión de este principio odioso, que consagraba legalmente la desigualdad jurídica de las dos clases, y no sólo pide ésto a la Asamblea plebeya, sino que pide que el Derecho Público, que establecía la misma desigualdad, fuera reformado también, y que el Consulado, que había venido siendo un privilegio reservado a los patricios, fuera una Magistratura a la que también podían aspirar y llegar los plebeyos. No se había llegado todavía a la ley Hortensia, y el Senado debía darle pase al plebiscito para que fuera válido: entonces se llega a una transacción y el Senado conviene en que quede derogada la prohibición relativa al matrimonio, pero mantiene la prohibición para el Consulado, porque la segunda proposición del plebiscito es categóricamente negada. Canuleyo, como es sabido, estaba dispuesto a contentarse con el triunfo que significaba la abolición de una exclusión vejatoria para su clase, y que les arrebataba a las uniones que

ella contraía, el sello alto y noble que tenían las de los patricios; pero sabido es también que impulsado por sus parciales y por su partido, insiste categóricamente respecto de la abolición de la segunda medida, y entonces, como resultado de la lucha que se entabla, el Senado no se entrega, sino que llega a otra transacción en que el poder pasará de los Cónsules a los Tribunos Militares, lo que permitirá que sea casi medio siglo más tarde cuando un plebeyo llegue por primera vez a contarse entre aquellos Magistrados.

El otro ejemplo es también palpable: en el Rey estaban reunidos todos los poderes, como veremos: el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Cuando cayeron los Reyes su poder pasó a los Cónsules, y de éstos a los Tribunos Militares a que acabamos de referirnos. Ya la influencia preponderante que ha ido alcanzando el Senado, ha ido cercenando la autoridad ejecutiva del Cónsul, y la influencia creciente de los Comicios, le ha ido cercenando también la autoridad legislativa. No le quedaba sino el poder judicial; pero cuando la reforma de los Tribunos Militares hace presumir, aun cuando fuera para más tarde, el triunfo de los plebeyos, entonces también se le hace una última mutilación a aquella suma de poderes de los primeros tiempos, y aparece la Pretura, que fué en el fondo una prerrogativa patricia.

Podría darse otro ejemplo, también significativo como los otros: los plebeyos habían llegado a las más altas Magistraturas de Roma, pero no habían podido alcanzar todavía la de Pontífice Máximo. Una ley especial, promulgada en el año 414 de Roma, permitió que la pudieran ejercer, pero para que la ley sea efectiva y se practique tendrá que pasar medio siglo.

SENADO-CONSULTO

El Senado-Consulto era lo que el Senado Romano ordenaba y constituia: *Quod Senatus jubet atque constituit.* Debe decirse que el Senado Romano no tenía el carácter de poder legislativo que la misma institución tiene en nuestros días. El Senado en Roma no fué sino una ampliación del Consejo de Ancianos, que asesoraba al Rey, aprovechado hábilmente por los patricios, a la caída de Tarquino el Soberbio, para reajustar el poderío que esa misma clase había venido ejerciendo desde los comienzos de Roma, pero que había ido debilitándose, debido al influjo creciente del poderío personalista de los mismos Reyes. [6] En el Senado Romano se discutían todas las graves cuestiones que podían interesarle al Estado y a la Sociedad Romana, y su parecer, sobre todas estas cuestiones, era lo que consignaba en los documentos que analizamos.

---

(6) Puede consultarse Luis B. de Estrada: El Senado Romano bajo la República.

El poder legislativo de Roma estaba en los Comicios; el Senado, como se ha dicho, era más bien lo que hoy pudieramos llamar Poder Ejecutivo, decisivo e influyente después que el Cónsul, que al principio tenía la misma suma de poderes que el Rey, fué perdiendo, paso a paso, todos estos mismos poderes, que en definitiva vinieron a quedar reducidos al recinto de Roma.

El Senado-Consulto alcanzó la misma fuerza práctica en los últimos tiempos del Imperio, cuando lo que se llamaba el pueblo romano era ya por su número difícil de reunirse en el Campo de Marte, como antes lo hacía, y el Senado Romano era propiamente el representante de ese pueblo.

CONSTITUCIONES IMPERIALES

Las Constituciones Imperiales eran: lo que el Emperador ordenaba por un Rescripto, juzgaba por un Decreto, u ordenaba por un Edicto, hasta que la ley Regia decidió que fuera ley todo lo que agradase al Príncipe. Accarias hace hincapié en que las Constituciones Imperiales, cuyos textos más antiguos remontan a la época de César y de Augusto, por más que las Institutas no reproduzcan ninguna anterior a Adriano, derivaban su fuerza obligatoria de la citada ley Regia, que no era una ley que fué promulgada una vez por todas y que contenía, digamos, la abdicación en manos del Emperador, y por parte del pueblo, de todo

poder legislativo, sino un Senado-Consulto que, cada vez que subía al trono algún nuevo Emperador, le confería el *imperium*, es decir, el poder ejecutivo, en sentir del mismo expositor. En efecto, el texto de la ley que le confirió los poderes imperiales al Emperador Vespasiano, y que está conservada, en parte, en el Museo Capitolino de Roma, comprueba que así era, y que lo que luego se llamó *lex regia*, era lo que antiguamente se llamaba ley de imperio, como lo prueba el citado fragmento a que acabamos de referirnos. [7] Pero aun cuando el mismo Accarias reconoce que cuando el despotismo imperial romano llegó a su plenitud, el Emperador disponía a su querer de la vida y de la propiedad de sus súbditos, y adrogándose la representación del pueblo, ejercía el poder legislativo que a este correspondía, juzgamos que estaría más de acuerdo con la realidad de las cosas, pensar como lo hace Scialoja, que aquella ley le confería al Emperador la investidura de una potestad suprema, en la que se fijaban la extensión y los límites de los poderes imperiales. *Quod principi placuit legis habet vigorem*, era la fórmula de donde emanaba la fuerza de las Constituciones Imperiales, que marca el eclipse de la libertad en Roma, y la postración completa del Derecho.

---

(7) Accarias, obra citada, tomo citado, y Vittorio Scialoja,
(7) Accarias, obra citada, tomo citado; y Vittorio Scialoja,

Varias formas empleaba el Emperador, para ejercer esta autoridad suprema: los Edictos, *(edicta);* los Mandatos *(mandata);* los Rescriptos *(rescripte);* y los Decretos, *(decreta).* Por medio del Edicto, el Emperador disponía cómo debía aplicarse el derecho, en general, o en las cuestiones o puntos que él señalaba en el texto del Edicto. Los Mandatos eran instrucciones que les comunicaba a los funcionarios del Imperio, y que no tenían más que un carácter político; los Rescriptos, eran las respuestas que él daba a los Magistrados, a los Jueces, y a los mismos particulares, cuando era consultado por éstos acerca de un punto de derecho. Estos Rescriptos recibían el nombre de *subscriptiones,* cuando el Emperador daba su opinión al pie de la petición que se le dirigía: epístolas o cartas, cuando las dirigía por separado. Los Decretos, por último, eran los fallos que el Emperador dictaba, en última instancia, en algún asunto, en su carácter de Juez Supremo, que también tenía.

Roma, pues, que comenzó reuniendo en el Rey todos los poderes, y que después, por haberlos dividido, alcanzó su libertad y su grandeza, volvió de nuevo al absolutismo que fué el que, en definitiva, quebrantó su virilidad y le abrió paso a la conquista.

EDICTOS DE LOS MAGISTRADOS

Los Edictos de los Magistrados eran reglas promulgadas por la autoridad legislativa, de que estaban investidos en Roma ciertos Magistrados, como pasaba, en primer término, con el Pretor y con los Ediles Curules. La Magistratura Pretoriana, cuya aparición coincide, precisamente, con la promulgación de las Leyes Licinias, [8] como se cree con mucha verosimilitud, le arrebató al Cónsul la facultad de legislar y de administrar la Justicia. El Edicto del Pretor fué célebre en Roma, y formó lo que se llamó el Derecho Honorario, precisamente, porque emanaba de una Magistratura *(honor)*. Comenzó por ser ocasional y especial: *(edicto repentina)*, dictado para casos especiales, y terminó por ser perpetuo y general para todos los casos.

Era el Edicto del Pretor un verdadero programa de la manera como aquel Magistrado administraría la justicia durante el período de su Magistratura, que duraba un año. Este programa lo publicaba el Pretor en su Album, que era el nombre con que se designaba una tabla de madera revestida de estuco, que él colocaba en el Foro. Con arreglo a esos principios, inscritos en su Album, el Pretor administraba la justicia durante su período, siendo libre el Pretor que le sucedía,

---

(8) Véase Girard, obra citada.

de adoptar las mismas reglas, o de derogarlas, o de sustituirlas por otras, o de aceptarlas en parte, o de complementarlas con nuevas disposiciones. Y así se vió que el conjunto de todas esas reglas, y de todos esos principios, constituyó en Roma la obra más sólida y más sabia de legislación, porque el Pretor tenía la facultad de interpretar, amplia y libremente, el derecho civil, permitiéndosele que moderase el rigor de la ley, cuando así lo imponía una necesidad social, o modificase algún principio que resultaba anacrónico en ella, o hiciese que el derecho civil diese pasos progresivos y conscientes, hasta constituir un sistema legal que encierra la más alta sabiduría jurídica. Por esto pudo decir Papiniano, que el derecho pretoriano colmó las lagunas del derecho de las XII Tablas, corrigiendo sus anacronismos y defectos: *adjuvandi, vel corrigendi, vel suplendi juris civilis gratia.*

No era el Pretor en Roma, propiamente, un Magistrado que pudiera equipararse al Juez de nuestros días. En rigor tenía allí un carácter de administrador supremo de la justicia, que si en realidad no lo investía con la misma potestad que tenía el Cónsul de quien propiamente no era sino una derivación parcial, como lo hemos explicado antes, le confería, al menos, el *imperium* que el Cónsul tenía. [9] Luego, como lo

(9) Véase Bonfante: Lezioni di Storia del Diritto Romano. Parte II.

veremos, claramente, al exponer las reglas que formaban el derecho procedimental romano, y ello durante un larguísimo período de la legislación, el Pretor no decidía personalmente las causas de los litigantes que acudían a él, sino que era un Juez el encargado de esta misión especial, pero a quien el Pretor le trazaba el camino que debía seguir, y la regla jurídica que debía aplicar. Eran cuestiones de una naturaleza especial—como lo veremos entonces—las que el Pretor resolvía con prescindencia del Juez. Pero, precisamente, el *imperium* que ejercía, y la amplia dirección en que se desenvolvía su Magistratura, hicieron que sus principios vinieran a ser no sólo la más fecunda de las fuentes del derecho romano, sino que, en realidad, el derecho civil, que había venido siendo la base de la organización jurídica de la sociedad romana en cuanto a las relaciones de sus individuos entre sí, llegara a ser, según la acertada expresión de Bonfante, más bien un símbolo que una viva realidad de las instituciones envejecidas y originalísimas de la severa ciudad de los Quirinos, (9) y que en la época de Cicerón, según la propia declaración de éste, la disciplina del derecho descansara sobre el Edicto del Pretor, al paso que los jurisconsultos anteriores a él, la derivaban de las XII Tablas. Era que la amplitud del

(10) Véase Bonfante, obra citada, tomo citado.

jus gentium había dilatado la órbita estrecha y severa del derecho de los primeros siglos.

Los Edictos de los Magistrados fueron una fuente del derecho privado de los romanos, bajo la República y bajo el Imperio, hasta la época del Emperador Adriano Salvio Juliano, en que se los reunió bajo la forma de un Edicto Perpetuo.

RESPUESTAS DE LOS PRUDENTES

Las Respuestas de los Prudentes eran los consejos y las opiniones que daban los Jurisconsultos. Estos tenían la práctica en Roma de enseñar públicamente el derecho y evacuar consultas, que no eran obligatorias para los Magistrados; pero más tarde Augusto decidió que sólo pudiesen gozar de este privilegio los Jurisconsultos a quienes él hubiese autorizado, especialmente, al efecto. Esta decisión de Augusto creó el *Jus publice respondendi,* que de acuerdo con la tradición romana, no daba a estas consultas fuerza legal. Fué más tarde, después de la muerte de ciertos jurisconsultos eminentes, cuando los Emperadores Romanos siguieron la costumbre de darles a los escritos que ellos habían dejado, fuerza de ley. Desde este punto de vista tales escritos pueden ser considerados como fuente del derecho privado, derivándose de aquí las críticas que se le han hecho a la Comisión de Juristas a quienes encargó Justiniano de la obra de compila-

ción del Derecho Romano, en que se presentan, indistintamente confundidos con las respuestas u opiniones del *jus publice respondendi,* los escritos de los referidos jurisconsultos, considerados obligatorios por formar parte del derecho escrito, *(jus scriptum).* Esta materia de las Respuestas de los Prudentes fué reglamentada, cuidadosamente, durante el Imperio, porque sucedía que muchas veces no coincidían en un mismo punto ni las opiniones ni los escritos de los jurisconsultos. De aquí que se organizase un Tribunal, según la opinión de Scialoja, compuesto de los más autorizados jurisconsultos, y conocido con el nombre de Tribunal de los Muertos, que estaba encargado de investigar la opinión que más generalmente se hubiera seguido respecto del punto que se debatía, debiendo insertarse también las opiniones contrarias. En caso de disparidad de opiniones, el Tribunal daba la preferencia a la que había seguido Papiniano. Tal fué el punto adonde se llegó en la época de Valentiniano III y de Teodosio. [11]

---

(11) Véase Scialoja, obra citada.

CAPITULO III

MAGISTRATURAS ROMANAS

Realeza.—Pontificado Máximo.—Consulado.—Pretura. Tribunado.—Censura.—Edilidad.—Cuestura

REALEZA

Al analizar este punto debemos comenzar por la realdad, que a ejemplo de las demás ciudades itálicas, fué la primera forma de gobierno de Roma, y también, cronológicamente, la primera Magistratura.

El nombre de rey, *(rex)* en latín, significaba jefe; el que ponía las cosas en orden; el que las organizaba. En el Rey estaban reunidos todos los poderes: el Ejecutivo, el Legislativo, y el Judicial, y además, de todos ellos, por el papel religioso que desempeñaba, era, al mismo tiempo, un sacerdote, y el primero de ellos, por lo cual el Rey era también el Gran Pontífice, o Pontífice Máximo. Sus poderes eran vitalicios, y era irresponsable en el ejercicio de sus funciones, lo cual fué el resultado de la concentración en sus manos de la justicia represiva, del citado carácter vitalicio de sus poderes, y de su mismo carácter religioso.

MAGISTRATURA DEL GRAN PONTÍFICE

Hemos dicho que en la persona del Rey estaban confundidos la Magistratura y el Sacerdocio. Tal fué en la Roma primitiva; pero no así durante la República en que aparece la línea de demarcación entre los poderes que corresponden a la Jefatura del Estado, y los que pertenecen a la religión, o sea al Sacerdocio. No es de extrañarse la gran influencia que llegara a ejercer en Roma esta Magistratura, porque gracias a las ideas que predominaban, el Pontífice y el augur y el auríspice, se confundían en una misma personalidad, y como eran siempre estos últimos quienes interpretaban el vuelo de las aves y leían en las entrañas de las víctimas el augurio feliz o adverso de alguna ley que fuera a votarse en los Comicios, resultaba, en la práctica, que era en manos de los Pontífices del culto en quienes estaban, propiamente, la voluntad y las decisiones de esos Comicios. La tradición atribuye la institución del Colegio de los Pontífices a Numa, que fué el segundo Rey de Roma, como sabemos. El Rey, como hemos visto, estaba a su cabeza; pero cuando desapareció la realeza, el *Pontifex Maximus* ocupó en él el sitio que antes tenía aquél. Ahora bien, el carácter de representante de todos los dioses del pueblo romano, que tenía el Gran Pontífice, hizo que el poder del Colegio de que él era parte, fuese cre-

ciendo cada día más, y así se llegó a que fuera él quien presidiese los *Comitia calata*, y a que se le reconociera el derecho de interpretar la ley, cuyo ejercicio y aplicación, de consiguiente, estaban también en sus manos. En realidad, el Pontífice Máximo era considerado como el Juez de las cosas divinas y humanas: *arbiter rerum divinarum humanarunque.* Fué secular ese poder en Roma; pues vino a ser después del segundo siglo de la República, cuando el derecho civil quedó sustraído a la influencia que había venido ejerciendo sobre él el Colegio de los Pontífices. Era de este Colegio de quien dependía la fijación de los días *fasti*, el cómputo de los lapsos judiciales y de los días feriados, y el que tenía a su cargo la organización del calendario.

CONSULADO, CÓNSULES

A la caída de la realeza se implantó la República, en Roma, y la Magistratura que reemplazó a la del Rey fué la del Consulado. Al Magistrado que la desempeñaba y a quien definitivamente llamóse Cónsul, se lo designaba, a veces, con el nombre genérico de *Praetor* y también con el de Juez: *Judex*, viniéndole el primero de *Prae-itor*, con el que se designaba a quien iba a la cabeza del ejército. Al principio de la República, la autoridad del Cónsul fué igual a la que tenía el Rey, de quien se diferenciaba, propia-

mente, por la duración temporal de sus funciones, pues el Cónsul duraba sólo un año en el ejercicio de su cargo. El Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, estaban en sus manos; pero a medida que iba evolucionando la sociedad romana, fueron disgregándose estos poderes, no obstante haber continuado siendo siempre la más elevada y la primera de las Magistraturas de la República. Con excepción de los Tribunos del Pueblo, que podían iniciar contra él un proceso, por mal desempeño de sus funciones, bajo el poder del Cónsul estaban todos los funcionarios de Roma, y era él quien convocaba o presidía el Senado, quien proponía las leyes, y presidía también los Comicios, quien mandaba el ejército y recibía a los Embajadores.

Como siempre Roma nombraba dos Cónsules al mismo tiempo, estos ejercían, alternativamente, el Gobierno, gobernando cada uno un mes. Así era en la paz; pero en tiempos de guerra, uno de los dos permanecía en Roma, al paso que el otro se ponía a la cabeza del ejército: frecuentemente ocurría que ambos Cónsules salían a combatir. El cargo de Cónsul fué ejercido durante siglos por la clase patricia, de donde él salía siempre; pero por lo mismo que el ejercicio de esta Magistratura constituía una dignidad tan ambicionada en Roma, los plebeyos llegaron al fin a al-

canzarla, como ya tuvimos oportunidad de observarlo, cuando el proceso de la evolución democrática, que se verificó en Roma, igualó, en el derecho y en la política, a todas las clases sociales.

Requeríase, para llegar a obtener la dignidad de Cónsul, haber pasado por las Magistraturas inferiores. Los Comicios hacían la elección por Centurias, y no entraban a ejercer sus funciones, sino al año siguiente de su elección, por cuyo motivo, mientras tanto, se los denominaba *Cónsules designati.*

PRETORES

La palabra Pretor, en realidad, era un nombre genérico que convenía a todas las Magistraturas. Hemos visto que al Cónsul se le designaba a veces con el nombre de Pretor, y Pretor Supremo era el que se le daba al Dictador, pero en la magistratura especial de que tratamos, el Pretor era el Magistrado encargado de la administración de la justicia y de la organización y vigilancia de los Tribunales. Se cree que esta Magistratura tuvo su origen en Roma por consecuencia de la promulgación de las Leyes Licinias, como ya lo apuntamos, en que los patricios romanos, despojando a la Magistratura del Consulado, ya accesible a los plebeyos, del poder de administrar la justicia, le dieron este poder exclusivamente al Pretor. Había dos clases de Pretores: el *Pretor Urbanus* y el *Pretor Pe-*

rigrinus. El primero, o sea el Pretor Urbano, dirimía las controversias que los ciudadanos romanos tenían entre sí, al paso que el Pretor Peregrino era quien intervenía en los procesos entre no ciudadanos, o entre éstos y los ciudadanos. Cronológicamente, y porque su obra ha resultado ser el monumento más grande de la legislación romana, como ya lo hicimos observar anteriormente, al primero se le llamó Pretor Mayor, en oposición al Pretor Peregrino. El hizo de su Magistratura una obra inmortal, porque su amplio poder de interpretador de la ley, y de legislador, en el fondo, porque podía corregir o modificar el derecho, como sabemos, fué empleado en el sentido de hacer que el desenvolvimiento de los principios jurídicos fuera cada vez más progresista, más filosófico y más amplio. Ya sentamos que las funciones del Pretor duraban sólo un año, pero que aun cuando este período era verdaderamente muy corto, sucedía generalmente, que el nuevo Pretor no destruía la obra de su antecesor, sino que, por el contrario, no sólo la conservaba, sino que la consideraba como un germen de evolución jurídica que él, a su vez, debía hacer fructificar.

La extensión y el brillo que habían alcanzado en Roma los estudios jurídicos, facilitó enormemente la obra de civilización que llevó a cabo el Pretor, porque

salido él del seno de las Escuelas de Derecho y de los juristas eminentes que estaban repartidos por todo Roma, resultaba, en el fondo, que el Pretor no venía a ser sino el Legislador que llevaba a la ley los nuevos elementos de progreso jurídico que esas Escuelas y esos jurisconsultos descubrían. Por esto se explica que su acción no hubiera sido estorbada en la práctica, y que cuando Adriano vino en una época, ya adelantadísima del Imperio, a reunir en un solo cuerpo la obra de todos los Pretores, apareciera como si uno sólo la hubiera ejecutado.

Respecto de la obra del Pretor Peregrino, que pareciera ser la que más estaba llamada a destacarse, por lo mismo que era la que estaba obligada a tomar en cuenta el espíritu de las legislaciones extranjeras, que no tenían la rigidez que tuvo en sus comienzos la legislación romana, es el caso que de esa obra nada queda; y así sucede, que cada vez que se habla del derecho romano bajo la Pretura, se entienda, por antonomasia, la obra amplia, fecunda y progresista del Pretor Urbano.

EL TRIBUNADO DEL PUEBLO

El Tribunado del Pueblo no constituyó una Magistratura en los primeros tiempos de su creación. Más tarde sí lo fué, y llegó a ser una de las más importantes. La plebe en Roma había llegado a constituir en

la época en que apareció el Tribuno, un verdadero Estado dentro del Estado Romano. Formada por una cantidad de elementos heterogéneos e inferiores, social y jurídicamente, al quirite Romano, como tuvimos ya la ocasión de señalarlo, había adquirido una cohesión tal, y una organización tan completa, que constituía una seria amenaza para el poder que ejercían las clases gobernantes. Sabemos que fué así cuando en el año 260 A. de J. C. la masa de los plebeyos se retiró al Monte Sacro y amenazó a Roma con una verdadera guerra de secesión, y que para poner término al conflicto armado que parecía inminente, se celebró un verdadero tratado entre los beligerantes, revestido con las formalidades con que se celebraban los tratados públicos, y por virtud del cual, se le reconoció a la plebe el derecho de tener la voz y el brazo del Tribuno para que la defendieran. Esto explica el por qué se le reconoció derecho al Tribuno, no sólo de exponer las quejas que a cada paso tenía contra sus dominadores la plebe romana, sino que se llegara a reconocerle también el de acusar al Cónsul por mal desempeño de sus funciones públicas, dándose el caso de haber pretendido muchas veces algún Tribuno apoderarse de la persona del Cónsul, por medio del *Viator* que llevaba siempre consigo para que cumpliera sus órdenes. En cambio, la persona del Tribuno era

inviolable. Se le reconoció igualmente el derecho del Veto, o sea la *intercessio*, por el cual podía oponerse a la ejecución de un Decreto, lo cual asumía proporciones gravísimas cuando el veto del Tribuno recaía sobre un Decreto que ordenara la leva de tropas en momentos en que había que reprimir algún conflicto interno o hacerle frente a un enemigo exterior. Debemos decir, que este derecho del Veto no fué peculiar de la Magistratura que nos ocupa, sino que fué extendido a ella, por lo mismo que era característico e inherente a las altas Magistraturas. En los primeros tiempos, el Tribuno del Pueblo no podía ni siquiera entrar al recinto del Senado. Sentado en la Curia esperaba lo que aquél Cuerpo hubiese deliberado, para darle el pase o para oponerle su veto. Pero más tarde, sí tuvo el derecho de asistir a las sesiones, aún cuando no podía tener voto deliberativo en ellas. Exponía sus cargos ante el Senado y discutía con los Senadores. En los asuntos graves, en que era imposible todo acuerdo, el Senado dictaba su parecer en consonancia con lo que la Asamblea pensase, y entonces el Tribuno oponía la *intercessio*. Es curioso agregar que la clase patricia, que era la que componía el Senado, no se daba a partido con ese veto, porque en los casos graves en que el Senado necesitaba tomar alguna medida que consideraba absolutamente salvadora para

la República, votaba el *Senatus consultus ultimum,* que así se llamaba, por el cual quedaban investidos los Cónsules del poder dictatorial contra el cual se estrellaban todas las armas del Tribuno.

LA CENSURA

Como lo explica la palabra, la Censura era la Magistratura ejercida por los magistrados que en Roma se ocupaban en arreglar las cuestiones del Censo, que debía hacerse cada cinco años. Debemos decir, que debido a las ceremonias especiales que intervenían para él en el Campo de Marte, y que se llamaban *lustratio,* vino la palabra lustro, equivalente al período de esos cinco años.

Una importante misión ejercían los Censores, preparando, al entrar en sus funciones, lo que se llamaba la *lexio Senatus,* cuyas principales operaciones consistían en inscribir en la lista senatorial a los nuevos Senadores y suprimir de ella a los que habían muerto o incapacitádose o héchose indignos. Esto último nos está indicando que los Censores eran verdaderos jueces de la dignidad de los ciudadanos romanos, porque a la vez que tenían tal derecho sobre los Senadores, a quienes podían arrebatarles la dignidad del cargo, imponiéndoles la pena de considerarlos indignos, asimismo, cuando hacían el empadronamiento de los demás ciudadanos, tenían el deber de

averiguar la conducta que observaban, la veneración o desprecio en que podían tener las cuestiones relacionadas con el culto de la familia y de los dioses de la ciudad, así como los preceptos de las *boni mores.* Y de aquí, que, en ejercicio de este derecho que tenían, tuviesen el de colocar en rangos diferentes a esos ciudadanos entre sí, destinando los primeros para los más virtuosos, y los últimos, para los que no lo eran. De tal modo era ésto, que se daba a veces el caso de colocar algunos ciudadanos en las tribus de la ciudad, en vez de hacerlos aparecer en las tribus rurales, que eran las que tenían mayor categoría, de acuerdo con las ideas de entonces, y esta colocación equivalía a un aplauso o a una censura según hubiera sido el sitio dado por el Censor. La preparación del Censo que ellos hacían, tenía una alta importancia, porque les tocaba hacer una apreciación respecto de los bienes de fortuna de cada ciudadano inscrito en él, lo que estaba relacionado, directamente, con los impuestos que debían pagársele al Estado.

EDILIDAD

Los primeros Ediles que aparecieron en Roma fueron de origen plebeyo, porque plebeya era la Magistratura en que nos ocupamos. La palabra Ediles viene de la voz *aedes* que significa edificio, porque eran ellos quienes estaban encargados de la conservación de los

edificios públicos, del aseo de las calles, de la tranquilidad de la ciudad, por medio de la función policial que ejercían, y velaban por el aprovisionamiento de los mercados, por la exactitud de las pesadas que se hacían en ellos, interviniendo en los precios que se les daban a los géneros ofrecidos al consumo. Todo esto tenía una influencia decisiva y saludable para la plebe romana, que por medio de estos Magistrados de su clase, le ponían un coto al agio que partía de las clases patricias, que por ser las únicas que tenían capitales, eran también las únicas a quienes no afectaba el alza de los precios, y en cambio eran las únicas que podían negociar con sus capitales o con su riqueza. En la legislación romana fué importante el papel desempeñado por estos Magistrados, porque como intervenían, según hemos visto, en la organización y reglamentación de los mercados, tuvieron que dictar una serie de reglas jurídicas, de las cuales muchas están todavía vigentes en el derecho moderno, como pasa con la teoría sobre los vicios ocultos de la cosa vendida, y con la acción llamada *cuanti minoris,* que tuvieron un origen edilicio.

CUESTURA

Esta Magistratura coincide con la época de la caída de la realeza, en cuyo momento creáronse dos Magistrados llamados *Questores* a quienes se encargó de

custodiar el tesoro público. Todo lo que debía percibir el Estado por razón de impuestos y cualesquiera otros respectos era recibido por los Cuestores, a quienes incumbía la formación del presupuesto de ingresos y de erogaciones. Guardaban en el Templo de Saturno, donde estaban también depositadas las Aguilas de las legiones guerreras, todo el tesoro, corriendo a su cargo, desde luego, los registros de ese tesoro y el proveer a cuantos gastos fuera menester. Los Gobernadores de Provincia y los Generales del Ejército tenían también sus Cuestores, nombrados por el pueblo. De como administrara este tesoro el Cuestor, daba cuenta al Senado, que era el único autorizado para aprobar o nó su gestión. [1]

(1) Para detalles completos sobre las Magistraturas Romanas, ninguna obra mejor que la excelente monografía de Krueger: "Histoire des Sources du Droit Romain".

CAPITULO IV

LAS DOCE TABLAS

Durante los tres primeros siglos de la vida de Roma, no existió un Código o colección de leyes escritas en donde constase, claramente, lo que éstas disponían. La sociedad romana se regía por un derecho consuetudinario que no aparecía reunido, como hemos consignado, en un Código. Se ha pretendido que durante la realeza fué promulgado uno que se conoce con el nombre de *Jus Papirianum,* contentivo de las leyes publicadas durante ese período real. El nombre del Código le ha venido de haberse atribuído a Sextus Papirius, en la época del último rey Tarquino el Soberbio, la reunión de esas leyes en un Código; pero las detenidas investigaciones que han sido hechas sobre la historia del Derecho Romano, prueban que tal acerto, emanado de Pomponio, contemporáneo del jurisconsulto Gayo, es del todo inexacto.

Pomponio estableció, y fueron sus palabras, las que Justiniano adoptó erróneamente años más tarde, "que la Roma primitiva estaba sometida al poder discrecional de los reyes *(manus)*; pero que después de ser dividida en Curias la ciudad, en una época avanzada del reinado de Rómulo, empezaron estas Asambleas a dictar leyes que siguieron promulgándose, por imitación, bajo el gobierno de los demás reyes que tuvo Roma hasta la época de la caída de ellos con Tarquino el Soberbio: que el conjunto de estas leyes, promulgadas bajo el período real, constituyen el *jus civile Papirianum,* por haber sido un ciudadano romano notable, bajo la época del último citado rey, (Sextus Papirius), quien las reunió en un Código o sólo cuerpo o colección; que a la caída de Tarquino, la *lex Junia* había derogado toda esta legislación, por lo cual la ciudad siguió gobernándose por un derecho consuetudinario e incierto".

De esta exposición de Pomponio lo único que se ha sacado en claro, como positivamente cierto, es la tiniebla que envolvió los primeros tiempos del derecho romano. Desde luego que éste carecía de los caracteres precisos que más tarde fué tomando; tratabase del *fas* o del *jus,* como hemos visto, en que reglas de origen teológico y de moral, eran obligatorias como preceptos jurídicos, y preceptos de *boni mores,*

que formaron como la cepa de donde debían derivarse, propiamente, más tarde, y en definitiva, las reglas del Derecho. La clase aristocrática de los patricios, como lo hemos visto, se había arrogado en Roma el gobierno del Culto; y los misterios en que éste aparecía envuelto y sus fórmulas mismas, constituían un poderoso elemento de dominación. El derecho primitivo romano, para imponerse, debió aparecer rodeado de un nimbo sagrado: los patricios eran los únicos que tenían el derecho de consultar los *auspicia,* como ya lo apuntamos, y eran, por consiguiente, los únicos capaces de servir de mediadores entre el Cielo y la Tierra. El arúspice tenía en sus manos la suerte del pueblo, imprimiéndole o no el sello de la divinidad a lo que aparecía siendo la obra libre de los Comicios, del propio modo que los Pontífices tenían el dominio del derecho primitivo, imprimiéndole también, el mismo sello a las reglas del *fas* que formaban la base ética de la vida social romana.

Durante esos tres primeros siglos de la historia de Roma, el derecho era incierto, y existía en los usos, costumbres y tradiciones, que venían desde los orígenes de la ciudad. Esa incertidumbre era una fuente incesante de trastornos e intranquilidad de las distintas clases que constituían la sociedad romana, con tanta más razón si se atiende al hecho de ser desi-

guales, en categorías políticas y jurídicas, esas mismas clases. Los Tribunos venían denunciando, incesantemente, los abusos de autoridad en que frecuentemente incurrían los Cónsules, cuando les tocaba decidir asuntos en que resultaban encontrados los intereses de patricios y plebeyos. La falta de un precepto claro que estableciera el derecho de cada uno, y definiese el alcance de esos mismos derechos, unida también a la carencia de un precepto claro que precisase, sin lugar a dudas, los límites de cada poder y de cada autoridad, hacía que siempre resultase justificada y explicada o disculpada, la injusticia del Cónsul. Fué por esto por lo que en el año 292. (A. de J. C.) el Tribuno de la plebe, Terentilio Arsa, pidió, en una forma violenta, que se nombrase una Comisión que definiese por escrito la jurisdicción de los Cónsules, a fin de ponerle un freno a la aplicación arbitraria, tiránica y opresiva que él les atribuía en la manera de aplicar el Derecho. La misma violencia con que se hizo la petición impidió que los colegas del Tribuno lo acompañasen por el momento; pero un año más tarde se unieron a él para pedir que, no sólo el derecho público, sino el privado también, fuese codificado con el fin de suprimir, hasta donde fuera posible, la incertidumbre que lo caracterizaba, y de aquí salió el célebre primer Código Romano, conocido en

la historia con el nombre de *Las Doce Tablas.* Se ha dicho que una Comisión de juristas fué enviada a Atenas el año 300 para estudiar las leyes que regían en Grecia y preparar un proyecto de legislación para Roma. Pero esta aserción no es verosímil: copias de leyes griegas podían obtenerse en las colonias jónicas que existían en Italia, sin necesidad de tener que ir hasta Atenas. Es lo cierto que en la tarea de ayudar a los Comisionados en la consulta y estudio de la legislación griega, intervino el griego Hermodoro, que sí le sirvió de intérprete a la Comisión para su obra, pero sin que pueda tomarse ésto como un indicio siquiera, de que el Código de las XII Tablas fuera un reflejo de la legislación griega. [1]

La proposición del citado Tribuno envolvía el nombramiento de una Magistratura de cinco miembros que redactase un Código para la plebe, incorporando a ésta dentro del Estado. Pero la oposición de los patricios a esta propuesta trajo, por consecuencia, el nombramiento de la Comisión de juristas de que hemos hecho mención, y de un Tribunal patricio de Diez Miembros, que se encargaría de compilar las leyes y de gobernar la ciudad, *(decenviri legibus seribundis).* Estos cumplieron su cometido y prepararon un Código o compilación de principios jurídicos que

(1) Véase Muirhead, obra citada.

encerraron en Diez Tablas de madera revestidas de estuco, que fueron expuestas en el Foro. Más tarde agregaron otras Dos Tablas, y quedó completada la obra. De aquí que se conozca a este célebre Código con el nombre de Código de las Doce Tablas, y también con el de Código Decenviral. (2) Se dice que estas Tablas fueron destruidas, sesenta años más tarde, a causa del incendio de Roma por los Galos, por lo que posteriormente su texto fué grabado en tablas de bronce. El estudio que jurisconsultos y gramáticos habían hecho de este Código, permitió su reconstrucción entonces. Apoyados, sólidamente, en el testimonio de Tito Livio se ha sostenido que las XII Tablas contenían una amplia exposición del derecho civil en el sentido romano, de suerte tal que reglas del derecho privado y del público, lo mismo que principios de derecho penal y de procedimiento, se encontraban en ellas: *Fons omnis publici privatique juris, corpus onmis privati juris,* son las expresiones del citado historiador.

Ahora bien, de este célebre Código que constituye la base fundamental del derecho romano, no existe un texto completo: su reconstrucción ha sido una paciente obra de erudición y de estudio llevada a cabo por

(2) Algunos autores consideran que fué el año 450 antes de J. C. cuando se promulgaron las XII Tablas. Véase Bonfante: "Storia del Diritto Romano".

especialistas que han ido haciendo esa reconstrucción con las citas que de esas leyes han ido encontrando esparcidas en las obras de los jurisconsultos clásicos, y principalmente en los manuscritos de Gayo, consagrados a comentar dicho Código. Los trabajos más notables de reconstrucción han sido el de Godofredo en 1616, y el trabajo filólogico de Dirksen en el primer cuarto del siglo XIX. No están de acuerdo los reconstructores de las XII Tablas acerca del orden en que estaban colocadas en ellas las distintas materias a que se referían: el acuerdo sólo existe respecto del contenido de las primeras Tablas y lo mismo con relación a la Décima, pero no así con las demás. Hay dudas también, respecto de la forma misma del texto, pues se ha llegado a pensar que cuando fueron reconstruidas, después de la referida destrucción de los Galos, se cambió la forma de la exposición. Pero por los fragmentos que quedan de ellas se sabe que estaban redactadas en una forma tal, que era fácil retenerlas, a cuyo efecto se citan las palabras de Cicerón, de que los niños en las escuelas aprendían a recitarlas de memoria. (3)

No es verosímil la hipótesis, repetimos, de que los autores de la codificación hubieran tomado por modelo la legislación griega. Las XII Tablas tenían por el

(3) Pueden verse dichos fragmentos en Ortolan, obra citada.

contrario, el sello inequívoco de la sociedad romana, siendo del todo inverosímil que un pueblo que había tenido tres siglos de un firme derecho consuetudinario, hubiera ido a buscar los usos, costumbres y tradiciones de otro pueblo, para amoldar a ellos, la sociedad romana. De que ese Código reproducía, como hemos dicho, la estructura jurídica de Roma, tendríamos la mejor prueba en el testamento y en la institución de herederos, que eran genuinamente romanos, y en los poderes exorbitantes de la patria potestad, que iban desde el *jus noxae dandi* hasta el *jus vitae nescique,* que examinaremos en su oportunidad. Y lo mismo pasa con la accesión. Lo cierto es también, a juzgar por los fragmentos que se han hallado de ese célebre Código, que la Comisión tomó de la legislación griega de Solón algunos elementos, como pasaba, por ejemplo, con las reglas sobre los funerales y así otras pequeñas cosas; pero en lo relativo a lo que era fundamental de la sociedad romana, como pasaba con su organización política y con la de la familia, y con el régimen de sus clases sociales, las leyes de las XII Tablas no hicieron sino reproducir, fielmente, esa organización político-social. Por esto, las XII Tablas representan el concepto duro e intransigente que caracterizó primitivamente al romano, y de aquí que sus principios debían interpretarse ateniéndose más a la

letra que al espíritu de la ley: *lex dura est sed lege:* tal era el principio dominante en esta época. [4]

Por otra parte, y ésto es lo que más confirma el aserto anterior, no obstante haber sido la principal preocupación de la plebe romana que el Código que pedían sus Tribunos fuera un código de igualdad, las XII Tablas fueron en el fondo el reflejo todavía de algunas de las desigualdades sociales y jurídicas que separaban entre sí a las distintas clases componentes de la sociedad romana, por más que le hubieran puesto un límite a la aplicación arbitraria del Derecho. Por esto es por lo que Bonfante ha podido decir que el sentido de igualdad social y civil, la celosa tutela de la libertad, y el respeto de la autonomía individual, fueron las grandes características de aquel Código, y que al menos ante el derecho penal, no había distinciones sociales. Pero ya sabemos que uno de los preceptos de las XII Tablas prohibía el matrimonio entre patricios y plebeyos, que sí era una clara expresión y un vestigio de desigualdad social. Por eso vemos que cuando viene a concretarse la lucha entre patricios y plebeyos, es cuando el Tribuno puede atacar, de una manera clara y directa, el precepto legal que establece esas desigualdades. Por eso vemos que la

(4) Acerca de esos caracteres, consúltense principalmente: Gibbon, obra citada; Ihering, obra citada; Muirhead, obra citada. Y respecto del punto concreto del carácter romano del citado Código, véase el importante estudio de Bonfante en su citada obra: "Lezioni di Storia del Diritto Romano", y principal y señaladamente, la crítica a la tesis de Pais en su Historia de Roma, y a las ideas expuestas por Lambert, para quien las XII Tablas no fueron sino una colección de proverbios jurídicos, que estaban en las tradiciones de Roma.

prohibición en cuestión del matrimonio entre patricios y plebeyos, es la que da lugar a la célebre lucha de Canuleyo, contra esa disposición, que ya mencionamos y que terminó por ser abolida. Por eso mismo vemos que, no obstante el furor que habían despertado en la plebe los rigores a que eran sometidos los *nexi* por parte del patriciado romano, la lucha entre ambas clases, coronada por la ley Poetilia el año de 428 en que quedó abolido el *nexum* por el que el deudor podía ser cargado de cadenas y encerrado en prisión en la casa de su acreedor, bajo el régimen de las XII Tablas apenas se le imponía al acreedor que no dejase morir de hambre a su deudor, a cuyo fin la citada ley ordenaba la cantidad de trigo que debía suministrarle a éste. Esto en el fondo era nada, dadas las circunstancias, pero comprueba la tesis de que las XII Tablas reflejaron la organización social y jurídica que tenían los romanos, dando asiento en ellas a vestigios de prejuicios sociales y de desigualdades jurídicas. De aquí que la Historia del Derecho Romano no sea otra cosa que la lucha entre esas distintas clases que combatieron, las unas, para mantener sus privilegios, las otras, para defender sus aspiraciones jurídicas y políticas, hasta llegar a un período en que el Derecho, que era rígido e inflexible y exclusivista en los primeros tiempos, adquiere una elasticidad y amplitud que le permiten colocar sobre un mismo pie de igualdad, y sobre un mismo nivel democrático, a esas mismas clases, cuya reconciliación parecía imposible.



LIBRO PRIMERO

CAPITULO I

PERSONAS

Decían los romanos, que los objetos del derecho eran tres: personas, cosas y acciones.

Entendían por persona, todo ser capaz de obligaciones y de derechos; y de aquí que se aplicase el vocablo, primero, al hombre considerado como un sér capaz de tener derechos y de tener obligaciones, y también a los que los mismos romanos llamaban personas morales, que denominaban civiles o jurídicas, porque no teniendo vida física, debían su creación a la ley, que les daba existencia jurídica. En esta última categoría estaban comprendidos, por ejemplo: el Estado, el Fisco, las ciudades y las sociedades o corporaciones. La antigua expresión de que se valían los romanos no era persona sino *caput;* que es más técnica, como lo observa Girard. [1]

---

(1) Girard.—"Manuel Elementaire de Droit Romain".

Designaba también en Roma la palabra persona, el papel que cada hombre desempeñaba en la familia o en la sociedad: si era libre o esclavo; si era ciudadano o extranjero; si era padre de familia o hijo de familia.

Lo expuesto explica el que los Romanos hayan derivado la expresión persona de *personare,* que era la máscara con que aparecían los actores en el teatro y que les servía para ahuecar la voz.

Persona, pues, en Roma, era todo ser capaz de derechos y de obligaciones, de donde se deduce que las personas eran físicas, como pasaba con el hombre capaz de esos derechos y obligaciones, y persona moral, que era todo ser de pura creación jurídica y capaz de los mismos. (2)

En Roma no toda persona física era una persona, en el sentido jurídico, puesto que los esclavos eran hombres sin ser capaces ni de derechos ni de obligaciones, por lo cual jurídicamente no eran personas. Requeríase, pues, no sólo ser persona física o individuo de la especie humana, sino un ser reconocido por la ley como capaz de tener derechos y obligaciones. Se requería además, para que un individuo de la especie humana fuera persona, que ante todo fuera libre, y en segun-

---

(2) Artículos 15 y 17 del Código Civil Venezolano de 13 de julio de 1922, que es el vigente, y al que se referirán estas concordancias.

do lugar, que hubiera nacido viable, es decir, con condiciones de vida, porque cuando el feto nacía muerto o no viable, no se lo consideraba persona. En cambio, se lo consideraba como persona antes de nacer, para todo cuanto pudiera favorecerlo, pero a condición, naturalmente, de nacer luego viable: *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur,* decían los romanos. [3] De aquí venía la institución de nombrarle al feto un curador, *(curator ventris),* que decían los romanos. El monstruo tampoco tenía capacidad jurídica en Roma, pues requeríase también, que al ser viable, tuviera figura humana. A ésto debe agregarse que en Roma las dos apuntadas condiciones no eran suficientes para justificar el concepto jurídico de persona, sino que se exigía, además, la condición de lo que el derecho romano llamaba un estado, que equivalía a decir: capacidad jurídica o civil. Los romanos hacían distinción en este punto de capacidad jurídica, entre el *jus connubii o connubium,* que era la capacidad respecto a los derechos en la familia, y el *jus commercio,* que era la capacidad considerada respecto a los derechos patrimoniales. [4] De aquí, pues, que el derecho romano exigiese: primero y ante todo, la condición de libertad, *(status libertatis);* segundo, la

(3) Artículo 16, mismo Código.

(4) Véase Bonfante. "Istituzioni di Diritto Romano".

condición de ciudadanía romana, *(status civitatis);* y tercero, el *status familiæ* o estado de familia, por el cual el individuo debía ser un hombre de su derecho, *(sui juris),* y no *alieni juris,* con lo cual se daba a entender a aquellos que dependían de otros, como pasaba, por ejemplo, con el hijo respecto del padre. Los referidos tres estados eran los que constituían en Roma la personalidad completa, de donde resultaba que a quien no gozaba de ninguno de ellos se lo considerara no como persona, sino como cosa, aun cuando fuera un sér humano.

Veremos en su oportunidad que había circunstancias que modificaban en Roma la personalidad, como pasaba con la edad, el sexo, las enfermedades físicas o mentales y la religión misma, todo lo cual hacía que las personas fueran consideradas: mayores o menores de edad, púberos o impúberos, pupilos o entredichos. [5] Pero estas circunstancias no formaban el estado o la capacidad civil de las personas, sino que, sencillamente, influían en él.

---

(5) El derecho romano fijaba en 25 años la mayoridad. El Código Civil Venezolano la fija en 21 años (artículos 327 Código citado). Respecto de los que en Roma no habían cumplido los 25 años, eran púberos, si siendo varones habían cumplido 14 años, y si siendo hembras, 12, que es también la regla del derecho venezolano, para fijar la capacidad natural para contraer matrimonio, (artículo 69 mismo Código). Pero el derecho romano hacía unas distinciones que no trae el nuestro, porque a los impúberos los consideraba en la infancia o fuera de élla, hallándose en el primer caso, los que no habían cumplido 7 años, y en el segundo, los que estaban entre 7 y 14. Cuando el menor tenía 10 años y medio, decían que estaba próximo a la pubertad, si era varón, y si era hembra cuando tenía 9

Para completar estas nociones, podemos agregar que el derecho romano fué el primero en reconocer como personas a los seres de pura creación jurídica de origen contractual, no obstante que es en el derecho moderno donde ha venido a quedar ampliamente desarrollado aquel concepto. (6) En Roma fué restringido, sobre todo cuando se trataba de lo que hoy denominamos sociedad mercantil o civil, pues parece averiguado que en el derecho romano sólo constituía persona moral la asociación de *recuperatores o reciperatores*, llamada *societas vectigalis*, organizada para la recaudación de los impuestos públicos.

---

años y medio, pero cuando los primeros habían cumplido 18 años, y las segundas 14, decían entonces que eran plenamente púberos. El derecho venezolano, repetimos, no trae estas distinciones: lo único que hace es permitirle a la mujer que contraiga matrimonio, sin exigirle que obtenga el consentimiento de sus padres, tutores o del Juez, cuando haya cumplido 18 años, (artículo 82, Código citado); pero para los demás actos, excepción hecha del testamento, debe tener 21 años cumplidos, que es también la plena capacidad en el hombre. Es de observar que éste puede ser emancipado a los 18 años, (artículo 407 del mismo Código), y que el matrimonio produce de derecho la emancipación, (artículo 406, mismo Código).

(6) Artículo 17 y 1.711 del Código citado. Artículo 207 del Código de Comercio de 29 de junio de 1919, que es el vigente, y al que se referirán estas concordancias.

CAPITULO II

HOMBRES LIBRES Y ESCLAVOS

Esclavitud.—Condición jurídica del esclavo.—Fuentes de la esclavitud.—Hombres libres.—Pérdida de la libertad

La división más general de las personas era en libres y esclavos. El hombre libre era el que no tenía amo, el que no estaba sometido a la propiedad de otro. En cambio, el esclavo era el que pertenecía a otro, el que estaba sometido de derecho a la propiedad de otro.

Los romanos consideraban la esclavitud como contraria a la naturaleza humana, y la tenían por institución del derecho de gentes, por lo mismo que la filosofía estoica que profesaban consideraba que según el derecho natural todos los hombres nacían libres. La guerra era, según ellos, la que había dado origen a la esclavitud, porque lo que ante sus ojos justificaba el que se la practicase, era que en tiempos en que no habían evolucionado los principios piadosos que fueron luego

reconocidos para aplicarlos a los que caían prisioneros en los combates, se consideraba que el derecho del vencedor se extendía a la vida del vencido, a quien podía matar, y de aquí que el conservarle la vida reteniéndolo o guardándolo como esclavo, se considerase más bien como justificado y hasta plausible. De aquí también que por este mismo derecho de conservar al prisionero y de apoderarse de él tomándolo con la mano de las filas del enemigo, se llamase en Roma a los esclavos *servi* y también *mancipia.* Pero esta explicación no es más que un sofisma, pues la razón debe hallarse más bien en una causa sociológica: la ventaja de aprovechar al cautivo en el cultivo de las tierras que pertenecían al vencedor o que iba dándole la conquista. En Roma debió existir, por ello, desde los primeros tiempos la esclavitud, porque el patricio era el que hacía la guerra mientras sus esclavos mantenían, como instrumentos suyos que eran, la posesión de las tierras y su labranza y explotación.

Jurídicamente el esclavo era una cosa: su condición respecto del hombre libre era absolutamente opuesta: el primero podía contraer un matrimonio que el derecho reconocía, y del cual se desprendían una serie de relaciones jurídicas para la mujer y para los hijos que nacían de esa unión: los esclavos no podían contraer matrimonio porque sus uniones, llamadas *con-*

tubernium, no tenían sino la categoría de un hecho, como pasaba con los animales: *servis juris civilis communion non habet in totum,* era la enérgica expresión de que se valió el derecho romano; el hombre libre tenía el derecho de adquirir un patrimonio y de contraer obligaciones y derechos sobre las cosas de que aquél estaba compuesto, llegando hasta el derecho de enajenar esas cosas que lo constituían o de disponer de ellas por testamento, y cuando no lo hacía, era la ley misma quien se encargaba de establecer los principios con arreglo a los cuales ese patrimonio debía pasar a los continuadores jurídicos del *de cujus:* el esclavo no sólo no podía tener un patrimonio, sino que él era considerado como una de las tantas cosas que integraban el patrimonio de su señor, y de aquí que el dueño pudiera cederlo o venderlo como lo hacía con las cosas que le pertenecían, y si quería, llegar hasta abandonar al esclavo, pues también podía hacerlo, en cuyo caso el esclavo quedaba en calidad de una cosa derelicta que podía apropiársela el primero que lo quisiese. Como carecía de personalidad, el esclavo no podía tomar en cuenta ni el agravio que se le hiciera ni el daño que se le infligiese: todas estas eran cosas de las que sólo podía tomar nota el dueño del esclavo, como lesivas que eran a su patrimonio, o desconocedoras de su derecho de propiedad. Y cuando se trataba de un daño,

no que el esclavo padecía, sino que él causaba, pues entonces el señor romano aplicaba la regla legal que regía el daño que hubiera causado un animal cualquiera que hubiese formado parte de su patrimonio, y se excepcionaba de toda acción contra él dando al esclavo en noxa, como hacía con el animal cuando veía que la víctima del daño esgrimía contra él la acción de *pauperie.*

Desde luego que este sello durísimo que debió tener la esclavitud en los primeros tiempos y que conservó, excepcionalmente, aún en una época avanzada, cuando se trataba de algún patricio mezquino y cruel por naturaleza, fué atemperándose en el curso del desenvolvimiento filosófico del derecho romano, y principal y señaladamente, bajo el imperio de las ideas cristianas. En la Roma pagana misma, aún cuando desde un punto jurídico, como hemos visto, el esclavo era una cosa, en el fondo, entre el esclavo y esta cosa había sus diferencias, que muchas veces no estaban siempre en las reglas del derecho, sino en las prácticas de la vida de la familia romana. El derecho romano, por ejemplo, no reconocía categorías entre los esclavos; pero de hecho el romano sí establecía esas distinciones, porque no era lo mismo el esclavo que se dedicaba a las artes liberales, a quien su mismo dueño tenía en un grado de mayor consideración por estas o por aquellas razo-

nes, que aquel a quien su dueño destinaba al servicio de otro esclavo, y esto se hacía así, porque era algo que las costumbres toleraban. Pero dentro del orden jurídico mismo podría observarse que al esclavo se lo tenía como un órgano de adquisición de su señor, bien que en lo que lo favoreciera, mas no en lo que lo perjudicase. El esclavo no contrataba para sí ni por sí, ni podía obligarse, pero contrataba para su amo o dueño, o adquiría para éste. En el hecho mismo de castigárselo en materia de delitos, podría descubrirse un vestigio, si no de personalidad jurídica, a lo menos de diferenciación de la simple cosa, aun cuando no en la noxa en que, como hemos visto, lo que pasaba era la aplicación simétrica de un principio legal que regía el daño que causaba el animal. Pero en donde sí podría encontrarse apoyo para la diferenciación, es que no obstante su condición jurídicamente negativa, el esclavo podía alzarse hasta el *pro civitatis* por medio de la manumisión. Entre los mismos esclavos, en general, y los siervos de la pena, había en cierto modo sus grados de diferenciación, porque los primeros podían contratar y obligarse en nombre y representación de sus dueños, al paso que los segundos no podían hacerlo. Con respecto al mismo Estado Romano, éste, como persona moral que era, tenía sus esclavos públicos, que aún cuando no gozaban por ello de mayor capaci-

dad que los demás esclavos, sí disfrutaban, al menos, de ventajas que los otros no tenían.

Los derechos del señor sobre su esclavo, emanaban de lo que el Derecho Romano denominó *potestad dominica,* del propio modo que llamó *patria potestad* la institución de donde se derivaban los derechos del *pater familias* sobre el hijo. La *potestad domínica* se extendía, no sólo sobre la persona del esclavo, sino también sobre los bienes. Respecto de lo primero, tenía sobre aquél el derecho de vida y muerte, como lo tenía, al principio, el padre sobre el hijo. Ciudadano hubo en Roma que alimentara sus lampreas con los cuerpos de sus esclavos, y se refiere que algunas matronas romanas hacían alfileteros de los pechos de sus esclavas.

Pero como antes lo señalamos, la dureza de los primeros tiempos iba modificándose debido a las nuevas orientaciones del derecho romano, y se evolucionaba en un orden de ideas que conducían al reconocimiento, en favor del esclavo, de los altos conceptos en que la filosofía romana misma fundaba la personalidad humana. El derecho de los primeros tiempos, que no consideró sino el interés directo del dueño del esclavo, sentó el prinicipio de que éste podía sólo adquirir para aquél, pero no obligarlo, mas las circunstancias mismas de la vida de Roma se encargaron luego de crear

intereses que debían servir de apoyo al principio contrario. Y así se vió que el derecho pretoriano, que no hacía otra cosa que poner el derecho inflexible de los primeros tiempos en acuerdo con las nuevas necesidades de la sociedad romana, y dejar de aplicar, a veces, una regla jurídica que resultaba anacrónica, estableció como lo veremos, al legislar en materia de sistema procedimental, excepciones a la regla de que el esclavo no podía sino adquirir para su señor y no obligarlo, y así nacieron las acciones *exercitoria* e *institoria,* que no eran, propiamente, una reacción y una derogación de la antigua regla, sino sencillamente la adaptación de una nueva fórmula jurídica a un cambio que se había verificado en los usos de los romanos, y que había sido una consecuencia del desarrollo del comercio: el poner al esclavo al frente de un negocio que pertenecía al dueño de aquél, o hacerlo patrón de una nave que también pertenecía al mismo dueño, de lo que resultaba que para que se realizaran los fines a que ambas cosas estaban destinadas, la ley tuvo que considerar al esclavo, en el fondo, como a un mandatario del dueño del negocio y armador de la nave. Y este cambio de los usos y costumbres de los romanos será el primer paso para llegar a considerar al esclavo capaz de poseer un peculio. Cuando se llega a este punto, ya ha dejado de ser el esclavo jurídicamente una cosa, y de aquí

a la abolición de la esclavitud no habrá sino unos cuantos grados más que recorrerá la evolución jurídica. Se le reconocerá, administrativamente, un derecho que ventilará ante el Magistrado para reclamar su libertad dada en testamento: se empezará a reconocer los vínculos de su parentesco, aún cuando sea servil todavía; la infiltración de las ideas cristianas ejercerá su influencia, y el Emperador Claudio ordenará que quede libre el esclavo a quien su dueño lo abandona por verlo atacado de una grave enfermedad; y otra ley prohibirá que se obligue al esclavo a luchar con las fieras, como lo hacían los ciudadanos romanos para fines de entretenimiento. Antonino el Piadoso llegará todavía más lejos, al ordenar que sufra pena de muerte el dueño que mate a su esclavo, sin que hubiera mediado un justo motivo para ello; el derecho mismo de castigar al esclavo, *(pro castigationis)*, que perdurará en la legislación romana, deberá ser empleado con moderación, y el Pretor podrá obligar al dueño de un esclavo que hubiera empleado la crueldad, a que lo venda a otro. Hasta que se llega a la éra del derecho moderno en que será una gloria para los pueblos la abolición de la trata de esclavos. (*)

(*) Venezuela y la Gran Bretaña, "íntimamente animadas del sincero deseo de cooperar a la completa extinción del tráfico de Esclavos en todas las partes del mundo", concluyeron un Tratado sobre abolición de ese tráfico, que fué firmado en Caracas el 15 de marzo de 1839, por los respectivos Plenipotenciarios de ambos Países, Licenciado José Santiago Rodríguez, abuelo del au-

La condición de hombre libre se adquiría en Roma por el nacimiento, o por alguna de las causas que el derecho reconocía. Así, cuando el padre y la madre eran libres y el hijo nacía del matrimonio legítimo que llamaban *justae nuptiae* los romanos, el hijo nacía libre. Si uno de los padres era libre y el otro esclavo, el hijo seguía la condición de su madre, y era esclavo si cuando nacía era ella esclava, pero más tarde se reconoció que si la madre había sido libre en un momento cualquiera de la gestación, el hijo nacía libre. Hemos dicho que el hijo del matrimonio legítimo seguía la condición del padre, pero como bien podía suceder que éste hubiera llegado a ser esclavo cuando nacía el hijo, se atendía entonces al momento en que el hijo había sido concebido, y este nacía libre porque el padre lo había sido en aquel momento.

Hemos visto también que el hijo nacido fuera de matrimonio seguía la condición de la madre, y de aquí que el hijo de un esclavo y una mujer libre naciera

---

tor de este libro, y Sir Robert Ker Porter, Ministro de Su Majestad la Reina del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda. Por virtud de ese Tratado la República de Venezuela se comprometió a conservar vigentes las disposiciones de la ley de 18 de febrero de 1825, que tenían por objeto declarar piratas y castigar con la pena de muerte, vigente entonces, "a los venezolanos que en alta mar o en cualquiera de los puertos que están bajo la jurisdicción de la República, se encuentren embarcando, trasportando o desembarcando una o más personas extraídas de Africa en clase de esclavos".

El tratado hacía constar que la citada ley había producido el efecto deseado, supuesto que hasta entonces no había sido infringida por ningún venezolano. (Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela, Volumen I).

libre. Sin embargo, si estas relaciones se verificaban a sabiendas del dueño del esclavo, podía válidamente estipularse que los hijos nacieran esclavos. Pero el Emperador Adriano derogó esta inicua convención, y restableció el principio de que los hijos, en caso tal, nacerían libres. Cuando era un hombre el que se unía en matrimonio con una esclava, porque de buena fe la creía libre, el matrimonio era inválido, porque en Roma las *justae nuptiae* no podían contraerse sino entre personas libres, e injustamente se consideraba que los varones nacidos de tal unión eran libres, pero que las hijas nacían esclavas. El Emperador Vespasiano reparó esta injusticia; y aplicando los verdaderos principios, decidió que tanto los varones como las hembras debían seguir la condición de la madre, y que, por lo tanto, nacían esclavos.

Respecto del esclavo que había nacido tal, o que llegaba a serlo, se hacía libre por virtud de un acto que los romanos llamaban *manumisión;* y en ciertos casos, por circunstancias especiales, como pasaba con el esclavo que denunciaba al que había dado muerte a su amo. También se ganaba por prescripción la condición de hombre libre, siendo tal el caso del esclavo que de buena fe alegaba dicha posesión de estado durante diez o veinte años. Ahora bien, dábase el caso en Roma de que un hombre libre pudiera llegar a ser esclavo.

Podía serlo de dos maneras: según el derecho de gentes o según el derecho civil. El cautiverio era el primero de dichos medios, principio éste que en Roma se aplicaba no sólo a los enemigos a quienes se hacía cautivos en la guerra, sino a sus ciudadanos, cuando estos caían, a su vez, en poder del enemigo. Pero si éste o aquél lograban escaparse del cautiverio y regresaban a Roma o a su país, entonces los romanos, por una ficción de derecho llamada *jus postliminii,* consideraban como si ese romano o ese extranjero no hubieran sido nunca cautivos. Se llegaba a ser esclavo, según el derecho civil, cuando un hombre libre consentía en que lo vendieran como esclavo para repartirse con el vendedor el precio de la venta. La ley castigaba este fraude con la pérdida de la libertad, no valiéndole de nada al que de tal modo procedía, el alegar que la venta era nula porque su estado era el de un hombre libre. Pero el derecho romano exigía que se cumpliesen ciertos requisitos para que pudiera aplicarse una pena tan severa, y las condiciones eran estas: que el hombre libre que se hacía pasar por esclavo, fuese mayor de veinte años y conociese su condición de hombre libre; que el precio de la venta hubiese sido pagado por un comprador engañado, es decir, por un comprador de buena fe; y por último, que hubiera habido, por parte de quien se dejaba vender, la intención

fraudulenta de repartirse el precio con el que se prestaba a aparecer como vendedor.

Otras causas también existían en el derecho civil, como sucedía, bajo el imperio de las XII Tablas, en la época de los *nexi*, con el deudor insolvente a quien su acreedor podía vender como esclavo; y así otros casos entre los que pudieran citarse, el del ciudadano romano que se sustraía al servicio militar o dejaba de inscribirse en el Censo, y el de la mujer libre, que después de amonestada tres veces, continuaba sus relaciones ilícitas con un esclavo, quedando desde ese momento su persona y bienes en poder del amo del esclavo. También era otra causa de esclavitud, según el derecho civil, la ingratitud del liberto para con su patrono, y la del ciudadano romano condenado a ser devorado por las fieras o a ser crucificado, pues considerando la ley romana que un ciudadano no podía ser condenado a muerte, la ley lo hacía esclavo de la pena, *(servi pennae)*, para fingir que la pena se le aplicaba a un esclavo. Justiniano atemperó este rigor decidiendo que el que fuera condenado a las minas, como pena que se le imponía, no debía ser tenido como esclavo. [1]

(1) Pueden consultarse, para mayores detalles de la materia, Lariche et Bonjean, Explication méthodique des Institutes de Justinien, Tomo I; y Accarias, obra citada, Tomo citado.

APÉNDICE RELATIVO AL COLONATO

Intermedia entre el esclavo y el hombre libre había en Roma una clase que la formaban los Colonos. El colono era una especie de siervo de la gleba, que formaba parte del fundo en que trabajaba, de suerte tal que cuando el fundo pasaba a ser propiedad de un comprador, pasaban a éste los colonos que estaban en él, ocupados en su cultivo.

Generalmente eran extranjeros estos colonos empleados en cultivar las tierras que pertenecían al ciudadano romano. Su condición era, ciertamente, mejor que la del esclavo, porque podían contraer matrimonio y adquirir bienes y disponer de ellos; pero en cierto modo no eran libres, porque no podían separarse del predio o fundo que cultivaban, sin el consentimiento del dueño del fundo, del que se consideraban simplemente accesorios.

Se podía llegar a ser colono de varios modos: por nacimiento, por contrato, o por prescripción. Así el hijo de la mujer unida al fundo nacía colono, aun cuando el padre fuera libre; y si alguien ganaba por prescripción de treinta años el fundo que el colono cultivaba, su derecho se extendía también a éstos. Por contrato se podía también ser colono, lo cual ocurría en el caso de que una mujer libre contrajese matrimonio con un colono, expresando en el contrato que pasaba a la misma condición de colono, que tenía el marido.

Mucho se ha discutido acerca del colonato y su origen. En los primeros tiempos de Roma, el ciudadano romano cultivaba por sí mismo su propio fundo, haciendo de él, en el fondo, lo que llama *homestead* la legislación contemporánea. Pero más tarde, cuando las guerras, primero, y los halagos de la vida ciudadana, después, hicieron que el romano pensara más en vivir en Roma que en cultivar la tierra, empleó en este oficio a los que no tenían bienes de fortuna para vivir en la ciudad, y a los extranjeros, que para escapar de la esclavitud, se acogían voluntariamente a la protección de los Quirites. Entonces entre éstos y aquéllos cultivadores se formaba, propiamente, un contrato de arrendamiento, por el cual el cultivador de la tierra era dueño de la cosecha, pero con la obligación de pagarle al dueño del fundo, o bien una pensión en dinero, o bien una parte de la cosecha. En el primer caso, el cultivador era llamado conductor o colono; en el segundo, colono aparcero, que equivalía a lo que hoy llamamos medianero. Tal fué la antigua situación jurídica del contrato de colonato en Roma; pero esta noción cambió más tarde, y en la época del Emperador Constantino, como quiera que éste propuso que se asegurara el pago de los impuestos que debían satisfacer los terratenientes, sujetó al hombre que cultivaba un predio, al predio mismo, prohibiéndole su separación, confundiéndolo con el inmueble mismo y convirtiéndolo—como hemos dicho anteriormente—en un verdadero siervo de la gleba.

CAPITULO III

CIUDADANOS Y PEREGRINOS

Ciudadanos romanos.—Peregrinos.—Latinos.
Latinos-Junianos.—Jus italicum

Con relación al estado de ciudadanía, el derecho clásico romano dividió a los hombres libres en dos clases: la de ciudadanos y la de peregrinos o extranjeros, *(civis* y *non civis)*.

Los ciudadanos romanos eran los únicos que gozaban de todos los derechos políticos y civiles. Los peregrinos no gozaban en Roma de ningún derecho político, y en cuanto a los privados, sólo podían invocar el *jus gentium*. (*)

(*) El derecho venezolano divide a las personas en venezolanas y extranjeras. Son venezolanos los que la Constitución de la República declara tales. Respecto de los extranjeros, gozan de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas o que se establezcan, lo cual no impide la aplicación de las leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas en los casos autorizados por el Derecho Internacional Privado. (Artículos 18, 19 y 20, Código Civil citado.

Los derechos políticos de los romanos eran el derecho de sufragio y el derecho a los honores de la Magistratura, *(jus suffragii* y *jus honorum).* Los derechos civiles podían refundirse en el derecho de *connubium,* el de comercio, y el de testamentificación. El connubio era la facultad de contraer matrimonio según el derecho civil romano, y el goce de los privilegios que emanaban de él, como pasaba con la patria potestad y la agnación. El *commercium* era la facultad de contratar según el derecho civil. En términos más generales, era el de enajenar y adquirir la propiedad, según los modos consagrados por el derecho civil. La testamentifacción, al principio, estaba comprendido en el *jus commercium,* porque comprendía la facultad de adquirir la propiedad por virtud de un testamento, y la de disponer también, en la misma forma, de los bienes.

Se adquiría la ciudadanía romana por nacimiento, por manumisión o por concesión especial del Príncipe; y antes, por concesión del Pueblo o del Senado. En cuanto al primer punto, debía distinguirse si había habido matrimonio o no. Cuando lo había habido, el hijo seguía la condición del padre y era ciudadano romano por lo tanto. Cuando no había habido *justis nuptiis,* el hijo seguía la condición de la madre en el momento del parto. El hijo, pues, de un pere-

grino y de una ciudadana romana, que no hubieran contraído justas nupcias, y que hubieran conservado su estado hasta el momento en que el hijo nacía, debía ser ciudadano romano, según esta regla. Sin embargo la ley Minicia estableció que el hijo debía seguir la condición del padre, y era considerado peregrino. Más tarde esta ley no comprendía al Latino, de manera que el hijo era ciudadano romano, aplicándose la regla general.

Se llegaba a ser ciudadano por medio de la manumisión; pero era menester que ésta se hiciese con todos los requisitos legales, porque faltando alguno, el manumitido se hacía Latino-Juniano, pero no ciudadano romano.

También se adquiría la ciudadanía por una concesión expresa: durante la República eran el Pueblo o el Senado o el Magistrado, autorizados para ello, quienes otorgaban tal beneficio; pero bajo el Imperio, era, generalmente, el Príncipe y también el Senado, quienes podían hacerlo. Es de observarse que la condición de ciudadanía romana podía acordarse a individuos, particularmente, o a ciudades enteras.

Los peregrinos se dividían en tres categorías: primera, la de los Latinos, que eran una clase intermediaria entre los ciudadanos romanos y los peregrinos propiamente dichos; segunda, la de los peregrinos,

propiamente dichos, que eran los que no tenían ni derechos políticos, ni derechos civiles, gozando solo del *jus gentium;* y tercera, la de los peregrinos dediticios, que eran los pueblos que se habían rendido a discreción ante el poder de Roma y contra los cuales habían tomado ellos las armas. Estos dediticios tenían que vivir por lo menos a cien millas de Roma, so pena de perder su libertad y sus bienes.

Conviene tener presente al estudiar estas cuestiones de ciudadanía y el régimen a que estaba sometido el peregrino en Roma, que el derecho romano hacía una distinción entre estos últimos, propiamente, y los extranjeros que gozaban de la protección del derecho, porque estaban al amparo de algún ciudadano romano, en calidad de cliente, o porque eran considerados huéspedes transitorios de la ciudad a quienes ésta protegía durante su estada en ella, en virtud de un acuerdo de hospitalidad con los pueblos amigos, que protegía también al romano al salir de Roma. La nomenclatura, pues, de ciudadanos y peregrinos, no comprendía, en cuanto a estos últimos, ni a los clientes ni a los que estaban transitoriamente en Roma, sino a los extranjeros que gozaban de una protección legal que les daba el derecho romano en virtud de un tratado que Roma había celebrado con la nación o con el pueblo a quien ese extranjero per-

tenecía, y que sobrevenía, generalmente, después de una guerra. Así pasó, por ejemplo, con los Latinos, para no referirnos sino al caso más sobresaliente.

Los Latinos, al principio eran los que habitaban el Lacio, pero el nombre fué extendido, más tarde, a los miembros de las colonias formadas por romanos y latinos, o a colonos latinos que renunciaban a su nacionalidad para recibir tierras, y a poblaciones enteras, como pasó con el derecho que el Emperador Vespasiano les concedió a las ciudades de España. De aquí, las distinciones de *Latini veteres, Latini Juniani, Latini prisci* y *Latini coloniari* y otras, que equivalían a distinciones de categorías jurídicas. Así, por ejemplo, los *Latini veterae* podían adquirir la ciudadanía romana trasladando su domicilio a Roma; los Latinos Junianos eran los manumitidos, cuya manumisión, de acuerdo con la Ley *Julia Norbana,* no hubiera sido hecha, exactamente, con arreglo al derecho civil. Esta clase de Latinos tenía el *jus commercium,* pero no el *connubium.* En los *Latini prisci* pasaba que tenían el *connubium* con Roma, colectivamente, o concedido en casos especiales, de donde resultaba que podían contraer un matrimonio legítimo, y formar parte de una familia romana; de manera que hasta herederos *ab-intestato* de un ciudadano podían llegar a ser.

Debemos decir que Roma llamaba *Municipium* a la ciudad que recibía la ciudadanía romana para sus habitantes, pero conservando su régimen y organización autonómicos o autónomos. Generalmente, tal derecho no llegaba al de sufragio en los Comicios, ni al *jus honorum* tampoco; pero, a veces, se daba el caso de que la ciudadanía que se otorgaba, comprendía el derecho de sufragio. En cambio, había Prefecturas, que eran las ciudades regidas por un Prefecto romano, pero ciudades que no gozaban de ningún régimen autónomo. Como complemento de esta materia, debemos decir, que cuando se hizo la conquista del Lacio, la alianza con los Latinos que dió lugar a las clases de peregrinos comprendidos en la primera categoría, se extendió a toda Italia, y se formó un régimen especial que se atribuye a Julio César y que es el *jus italicum*. Este derecho protegió la situación legal de los pueblos conquistados, porque los mantenía y les reconocía su autonomía, eximiéndolos, por otra parte, del pago de impuesto por razón de sus bienes.

Cabe observar que había una tendencia por parte de los Emperadores romanos a conceder el derecho de ciudadanía, por medio de la naturalización, a los extranjeros, con el fin de aumentar los ingresos fiscales que, por tal respecto, se pagaban. Caracalla, guiado única y exclusivamente por estos fines económicos,

extendió, de una sola vez, la ciudadanía romana a todos los pueblos que estaban sujetos a Roma para el día en que él dictó su Constitución a tal respecto. Con todo, ni los Latinos Junianos, ni los dediticios quedaron comprendidos en dicha Constitución, quedando vigente, por lo tanto, la citada ley Julia Norbana. No quedaron tampoco comprendidos por élla, los pueblos que, después de la promulgación de dicha Constitución, fueron sometidos al Imperio Romano.

Este beneficio de la naturalización había venido siendo concedido en el curso del derecho romano en casos de excepción, solamente. Se le dió a un peregrino que había hecho condenar a un Magistrado a quien acusó de concusión y después, bajo las mismas condiciones, les fué ofrecido el mismo beneficio a los Latinos. Más tarde fué una gracia que se concedió a poblaciones enteras a las que se les daba la ciudadanía sin el sufragio: otras veces el naturalizado adquiría el beneficio pleno de la ciudadanía con el derecho de elegir y ser elegido, y en Roma comprendía el de servir en las legiones. Como era una ley la que concedía el beneficio, la votaban los Comicios; después fué una Constitución Imperial, inspirada en un arbitrio rentístico, como hemos visto. Se recordará que observamos que a la promulgación de la Constitución de Caracalla, la ciudadanía no comprendió a todos los habitantes del Imperio; diremos ahora que estas restricciones desaparecieron por completo bajo Justiniano.

Este régimen legal de los peregrinos, daba lugar, a veces, a complicaciones serias, porque se daba el caso de que un ciudadano tomase por mujer una latina o una peregrina. La regla era, que, como no había *connubium* o sea, capacidad de matrimonio entre los contrayentes, no podía haber justas nupcias, y, por lo tanto el hijo no podía nacer ciudadano romano; pero, más tarde, un Senado-Consulto estableció que, si el padre probaba su error de haber tomado de buena fe por ciudadana romana a la mujer con quien se había casado, madre e hijos adquirían la ciudadanía romana, y el hijo se hallaría sometido a la patria potestad del padre. Cuando la mujer no era ni latina, ni peregrina, sino dediticia, entonces el mismo Senado-Consulto disponía que sólo el hijo fuera ciudadano romano, y no la madre. Si era una ciudadana romana, quien también de buena fe y por error, se casaba con un peregrino, a quien había creído ciudadano romano, comprobado su error, el marido y el hijo se hacían ciudadanos romanos. Cuando era dediticio el marido, y de buena fe la ciudadana romana lo había tomado por ciudadano, el padre no adquiría la ciudadanía romana sino que permanecía dediticio y, por consiguiente, el hijo que nacía de esta unión no estaba sometido a la *patria potestad.* [1]

(1) Consúltense principalmente, Girard y Lariche y Bonjean, obras citadas.

CAPITULO IV

INGENUOS Y LIBERTOS

Ingenuos.—Libertos.—Manumisión.—Sus formas. Leyes que restringieron las manumisiones

Subdividían los romanos a los hombres libres en ingenuos y libertos.

El ingenuo era el que nacía libre y había permanecido siempre en este estado. Si faltaba una cualquiera de estas dos condiciones, se podía ser libre pero no ingenuo. Se nacía libre, cuando el padre y la madre eran ingenuos, o bien cuando el padre y la madre se habían casado después de haber sido manumitidos, y por último, cuando uno de los padres era ingenuo y el otro manumitido, con tal que en los tres casos el padre hubiera sido libre en el momento de la concepción del hijo. Sin embargo, si en este momento, el padre era peregrino, el hijo nacía ciudadano romano, si en el momento del nacimiento el padre lo era. Respecto de los hijos que nacían fuera de ma-

trimonio, las reglas que se seguían han sido expuestas en otro lugar.

Llamaba libertinos o libertos el derecho romano, a los que habían salido de una justa servidumbre, por medio de una manumisión. Entendíase por justa servidumbre, la que era conforme al derecho, porque podía pasar que un hombre se hubiera apoderado de otro por la fuerza, como lo hacían los piratas, y vendido al cautivo en calidad de esclavo. En estos casos, no había justa servidumbre ni manumisión tampoco, sino una simple recuperación del derecho de libertad.

El Derecho Romano empleaba tres medios para la manumisión: manumisión por vindicta, manumisión por el censo, y manumisión por testamento.

La manumisión por vindicta, no era, en su fondo, sino la simulación de un proceso ante el Pretor, en que el esclavo aparecía reivindicando su libertad, como si se tratara de un hombre libre. Cuando un ciudadano romano había sido vendido como esclavo, se presentaba ante el Pretor otro ciudadano romano que se llamaba *assertor libertatis,* y le aseguraba a aquél Magistrado que la persona por quien él se presentaba era libre, quedando emplazados a comparecer, de nuevo, el que pretendía ser dueño del esclavo, como éste también. Comprobado que no había tal esclavo, porque el compareciente era libre,

el Pretor lo declaraba por tal, impidiéndole al demandado que lo tratase, de allí en adelante, como a esclavo. Este proceso real era el que se simulaba ante el Pretor. Otras veces el dueño del esclavo, que quería manumtir a éste, le rogaba a un amigo, ciudadano romano, que se presentase ante el Pretor asegurando que el referido esclavo era un hombre libre. Convenía en ello el dueño del esclavo, y entonces el Pretor declaraba libre al esclavo. Le venía el nombre de vindicta a este medio de manumitir, de la varita, así llamada, que había reemplazado el símbolo de la lanza, y la que, en los procesos de reivindicación en Roma, ambos litigantes ponían sobre el objeto cuya propiedad se disputaban. En este proceso simulado de la manumisión, al pronunciar las partes las palabras solemnes que debían emplearse en el acto, colocaban la vindicta sobre el esclavo.

El segundo medio era la manumisión por el censo. Sabemos que cada cinco años, el Censor inscribía en las tablas del Censo, el nombre de cada ciudadano romano, con indicación del número de sus hijos y del monto de su fortuna. Bastaba que en dicha oportunidad el dueño del esclavo hiciese inscribir a éste en la lista del Censo como ciudadano, para que lo fuese en efecto. Este medio de manumitir tenía el grave inconveniente de que había que esperar la oportunidad del Censo para practicarlo.

El tercer medio era la manumisión por testamento. Como lo hemos expuesto en el lugar correspondiente, el testamento primitivo de los romanos era una ley que votaban los Comicios a propuesta del testador que era un ciudadano romano. En este caso la manumisión aparecía aprobada por el pueblo romano, lo que era en cierto modo lógico, porque lo natural era que fuera el mismo pueblo, compuesto de ciudadanos romanos, quien aceptase la incorporación a él de un nuevo elemento. Con el tiempo, el testamento en Roma constituyó un acto solemne para cuya validez se exigían formalidades especiales; pero la intervención del pueblo dejó de exigirse. Entonces el testador tuvo dos medios de manumitir a su esclavo en su testamento: el uno directo, el otro indirectamente, dejándolo a la buena fe de su heredero, por medio de una institución fideicomisaria que examinaremos en el título de los legados. El testador podía decir, simplemente, en su testamento: que Ticio sea mi heredero y que mi esclavo Estico sea libre. En este caso la manumisión era directa, y al hacer el heredero la adición de la herencia, quedaba libre el esclavo. Podía también decir el testador: que sea Ticio mi heredero, y que sea condenado a que le dé la libertad a mi esclavo Estico. En este caso, que era el medio indirecto a que nos hemos referido, al hacer Ticio adi-

ción de la herencia, no adquiría el esclavo Estico la libertad. El heredero, en tal caso, tenía que emplear los medios de la manumisión, por vindicta o por censo, para dejar cumplida la voluntad del *de cujus,* y entonces el esclavo tenía por patrono al heredero que lo manumitía. Era corriente, en Roma, que el testador concediese la libertad, no sólo a su propio esclavo, sino al de su heredero o legatario, o al esclavo ajeno, lo cual no era sino la simple aplicación del principio de que la cosa de otro podía ser objeto de un legado. En estos casos lo que al heredero le correspondía hacer era comprar el esclavo para manumitirlo. Podía ser también condicional la libertad del esclavo concedida en testamento, como pasaba cuando se la hacía depender de un acontecimiento futuro o incierto. También podía ser, desde cierto tiempo, como sucedía cuando el testador decía: "que mi esclavo sea libre un año después de mi muerte". Esta manumisión *ex die,* era perfectamente válida en el derecho romano; pero no así, cuando la libertad se concedía, sólo temporalmente, *ad diem,* que ellos decían, en cuyo caso el Pretor anulaba la cláusula y ordenaba que fuera permanente la libertad. Ahora bien, se había abusado tanto en Roma, y ello a fines de la República, de las manumisiones, que el legislador romano quiso limitarlas, y a este efecto fueron promulga-

das tres leyes que se conocen con los nombres de *Junia Norbana, Aelia Sentia* y *Fusia Caninia* o *Furia Caninia.*

La primera de las citadas leyes, o sea la Junia Norbana, decidió que cuando un esclavo no había sido manumitido por uno de los tres modos solemnes que reconocía el Derecho, el esclavo se hacía libre, pero no ciudadano romano, sino Latino Juniano, o sea un estado análogo al que tenían los Latinos de las colonias; y era que muchas veces el dueño del esclavo se limitaba a sentarlo a su mesa, cosa que no podía hacerse sino con un hombre libre según las costumbres de la época; o bien le escribía una carta diciéndole que viviera libre; y aún cuando esta libertad no tenía jurídicamente efecto, el Pretor romano la validaba dejando al esclavo gozar de libertad aún cuando el antiguo dueño quisiese de nuevo tratarlo como esclavo.

La Ley *Aelia Sentia,* no sólo exigió que se emplease uno de los referidos modos solemnes de la manumisión, y que el dueño del esclavo tuviera sobre él lo que se llamaba derecho quiritario, sino que agregó dos condiciones más: la de que el dueño fuera mayor de veinte años, y el esclavo mayor de treinta. Cuando estas condiciones no se cumplían, el manumitido llegaba a ser simplemente un Latino Juniano. La misma ley estableció que los esclavos que se hubie-

ren hecho indignos de la ciudadanía, por algún crimen que hubieran cometido, o por llevar la nota infamante del hierro encendido, no podían ser manumitidos, quedando asimilados, únicamente, a los peregrinos dediticios. Por lo demás, no había en el derecho romano diferencia legal entre un manumitido y un ciudadano romano. Las diferencias entre el ingenuo y el libertino eran más bien de un orden social, pero existían. El Censor los inscribía entre las tribus de menor categoría, que eran las urbanas, y no podían aspirar a las grandes Magistraturas, como, por ejemplo, la de ser Senador, ni la de llevar el anillo de oro que era el emblema exterior de un ingenuo. El derecho mismo le imponía al liberto, respecto de su antiguo dueño que se llamaba patrono, deberes que constituían derechos para éste y que se resumían en tres órdenes: 1º *obsequium*, que era el respeto que el liberto le debía a su patrono, de modo tal que no podía llevar a juicio al patrono sin haber tenido antes un permiso del Pretor; ni podía intentar acciones infamantes contra ese mismo patrono, ni siquiera aquellas que pudieran moralmente perjudicarlo. Y cuando el patrono caía en la miseria, el liberto estaba en la obligación de darles alimentos a él y a sus hijos. En segundo lugar, el patrono podía exigir a su liberto servicios especiales llamados *operae:* era

práctica que al conceder el dueño la libertad, le impusiera al liberto ciertos servicios que éste debía prestarle. Por último, el patrono y sus hijos, eran los herederos del liberto que moría sin hijos legítimos, que era lo que se llamaba el *jus successionis.*

Cuando el Emperador le acordaba a un liberto el derecho de llevar el anillo de oro, los dos primeros derechos, el *obsequium* y las *operae,* desaparecían, y no quedaba sino el derecho de sucesión, siendo de observar que cuando el liberto enajenaba una parte que fuera de sus bienes, con el designio de defraudar al patrono, éste tenía el derecho de anular la enajenación.

Los Latinos Junianos estaban ligados a su patrono por los mismos mencionados derechos, pero respecto del *jus successionis,* se consideraba que el Latino Juniano, lo que tenía propiamente era un peculio que le pertenecía de derecho al patrono, y que éste no heredaba, propiamente, al morir el liberto, puesto que era suyo. Es de observar que los Latinos Junianos adquirían a veces los plenos beneficios de la ciudadanía romana, como pasaba cuando habían servido en la milicia durante cierto número de años, o cuando construían algún navío o algún edificio, y así en otros casos. Respecto de la condición de los libertos dediticios, era la misma triste condición que tenían jurídicamente los peregrinos dediticios, quienes, como

hemos visto, tenían que vivir a cien millas, por lo menos, de Roma, so pena de ser vendidos como esclavos y de perder sus bienes.

La ley *Fusia Caninia,* fijó un límite a las manumisiones que se hacían por testamento. Al principio, el dueño tenía el derecho de darles libertad a todos sus esclavos, pero la citada ley limitó ese derecho. Cuando el dueño tenía dos esclavos solamente, podía manumitir a ambos, pero cuando tenía más de dos, hasta diez, podía libertar la mitad, y de diez a treinta, sólo la tercera parte, y así en una escala que fijaba la ley. El dueño del esclavo debía además designar a éste con su nombre. Justiniano derogó esta ley y restauró el derecho primitivo que, como lo hemos visto, concedía el derecho, al dueño de esclavos, de poderlos libertar a todos, en testamento. Debemos agregar que este Emperador sentó un criterio amplio para las manumisiones, las cuales podían hacerse ante las Sacrosantas Iglesias, (*manumissio in Eclessia, in Sacrosantis Eclesiis),* introducidas ya por el Emperador Constantino a imitación, probablemente, del derecho helénico, como lo observa Girard; o por vindicta o entre amigos, o por carta, o por testamento, y también por codicilo, que era una adición al testamento, como lo expondremos en su lugar, y que para la época del citado Emperador podía hacerse sin arreglo a las

formalidades especiales, que sí se exigían en el testamento. En el Derecho de Justiniano, pues, todos los libertos eran ciudadanos romanos, y no existían las categorías de libertos Latinos Junianos ni la de libertos dediticios.

Para terminar el examen de esta materia, debemos decir que había casos en la legislación, en que era la ley misma la que manumitía al esclavo, como pasaba cuando el dueño lo había abandonado porque estaba enfermo, en vez de cuidarlo, o cuando algún esclavo denunciaba a los monedores falsos, o cuando el dueño vendía al esclavo a condición de que el comprador lo libertara al cabo de cierto tiempo, y el comprador no lo hacía. En todos estos casos, la ley declaraba libre al esclavo. Por último, sucedía a veces que, como el esclavo era una cosa que formaba parte del patrimonio de su dueño, el objeto de la manumisión consistía, en defraudar a los acreedores. De aquí que la misma ley *Aelia Sentia* hubiera establecido que si se comprobaba el fraude, la manumisión resultaba nula. En este punto, la citada ley establecía la teoría que tanto en el derecho romano, como en el derecho contemporáneo, sirve de apoyo a la acción Pauliana. (1)

---

(1) Pueden consultarse preferentemente Accarias, Tomo I, obra citada; Girard, obra citada, y Lariche y Bonjean, obra también citada.

CAPITULO V

PATRIA POTESTAD

La patria potestad de los primeros tiempos y el concepto de familia en Roma.—Evolución de la misma.—Peculios

En Roma las personas se consideraban—y tal era la división fundamental—*sui juris* y *alieni juris.* El *sui juris* era el que no estaba sometido a ninguna potestad, y por consiguiente, era dueño de sí mismo y señor de sus derechos. El *alieni juris,* por el contrario, era el que estaba bajo la potestad de otro: patria potestad o esclavitud: *(patria potestate, dominica potestate).* Equivalente a la expresión *sui juris* era también la de *pater familias,* que no es, por cierto, equivalente a lo que llamamos padre de familia en el derecho contemporáneo.

Familia en Roma no tenía el mismo significado que tiene en nuestros días. Allí, era una expresión que daba la idea de patrimonio, o sea, conjunto de

bienes. La acción legal que servía para dividir entre varios condueños una cosa común, se llamaba *familiæ erciscunde,* que es la acción de partición de nuestros días; cuando se sacaba a subasta pública el conjunto de bienes de un deudor, el adjudicatario de esos bienes se llamaba *familiæ emptor;* el grupo de esclavos que formaban parte de un predio rústico, se llamaba *familia rústica,* y *familia urbana* era la denominación que se le daba al grupo de esclavos que formaba parte de la casa que el ciudadano romano, y señor de esos esclavos, tenía en Roma. De aquí, pues, que no tenga nada de sorprendente, desde el punto de vista de estos principios, que el *pater familias* en Roma, para reclamar los hijos que estaban bajo su potestad, o los esclavos que le pertenecían, tuviera la acción reivindicatoria, que era, como lo veremos, la que sancionaba el derecho de propiedad que pertenecía al quirite romano; y que más tarde, cuando el derecho pretoriano crea el interdicto posesorio, se le diera al *pater familias* una acción especial de esta clase para que le fuera presentado el hijo a los fines de la referida reivindicación.

En nuestros días, familia es el grupo de personas que están legalmente unidos a nosotros, por un vínculo de consanguinidad, o por un vínculo de afinidad. Concretando todavía más la expresión, son la mujer

y los hijos, unidos al padre, lo que en nuestros días, llamamos, generalmente, familia. En Roma, también a veces, bajo la expresión familia, quedaban comprendidas estas mismas personas, pero requeríanse circunstancias especiales. Así, la mujer, por ejemplo, no siempre formaba parte de la familia a que pertenecía su marido: se exigía que el matrimonio le hubiera conferido al marido lo que los romanos llamaban *manus,* es decir: una potestad, un poder, una autoridad por la cual la mujer quedaba separada de la familia de que formaba parte, para convertirse en un elemento integrante de la familia del marido, poder éste que no emanaba en Roma de toda unión matrimonial, como lo veremos, sino de aquellas en que, o bien se cumplían ciertas formalidades, o bien se llenaban determinadas condiciones legales, de lo cual debemos sentar que la *manus* era un poder eventual. En nuestros días, el marido viene a ser el jefe y la cabeza, digamos, de ese grupo que forman con él su mujer y los hijos que nacen de su unión matrimonial. En Roma era enteramente distinto, porque el *pater familias* era, como hemos dicho, jefe y dueño de un patrimonio, y no, necesariamente, una persona casada, con hijos, de donde resultaba que se podía ser soltero y *pater familias* a la vez. En ocasiones el *pater familias* era casado, y bajo su potestad, y mientras él

viviera, estaban sometidos todos sus hijos y todas sus hijas, cualquiera que fuese la edad que tuviesen. A la patria potestad del abuelo, estaban, pues, sometidos en Roma: su mujer y sus hijos, varones o hembras, y también sus nueras, cuando estaban *in manu mariti.* Requeríase que las hijas fueran solteras o que no estuvieran bajo la *manus* de sus maridos, para que se las considerara sometidas a la patria potestad. También lo estaban todos los descendientes, por línea de varón, de los hijos del *pater familias.* La patria potestad no pertenecía nunca a la madre, por lo que en Roma el hijo póstumo nacía *sui juris.* (1)

La familia del derecho romano era el tipo de la familia patriarcal, basada en la autoridad del padre: el parentesco—según lo hemos visto—no se formaba sino por línea de varón: la mujer estaba bajo la *manus* que quería decir potestad que ejercían el marido o el padre de éste, y si salía de esta familia era para caer bajo la tutela de sus agnados. Una forma artificial era la que le daba expresión jurídica a esta familia, que no reposaba, propiamente, sobre el matrimonio, sino sobre la potestad, y de allí, los elementos que la integraban: la mujer, que pasaba en su persona y en sus bienes al poder del *pater familias:* los hijos, que

---

(1) En el derecho venezolano, cuando muere el padre le toca a la madre el ejercicio de la patria potestad. Artículo 283, Código Civil.

carecían de toda personalidad jurídica, y se confundían con las cosas del *pater:* participaban, sí, en los *sacra* del *pater* y eran considerados a la muerte de éste como copropietarios con él del patrimonio: los *mancipati* a quienes una mancipación, que era una compra, los hacía también formar parte de ese grupo patrimonial; y por último, los *addicti,* que eran aquellos deudores a quienes la sentencia de un Juez, en ejecución de una obligación que no habían podido cumplirle al *pater familias,* les entregaba a éste para que los pusiera en prisión en su propia casa y los cargara de cadenas. El *pater familias,* en Roma, era, además, el *domesticus Magistratus,* que dirimía, con su sola autoridad moral, toda controversia entre los miembros de la agrupación que él presidía. El Estado nada tenía que hacer con ésto: y si el hijo atentaba voluntariamente contra el padre, las antiguas reglas del *Fas,* que era uno de los elementos que integraban las *boni mores,* lo condenaban como *sacer,* como lo hemos notado, lo que equivalía a una excomunión de la familia y de la sociedad. [2] En el *pater familias* se refundía todo, activa y pasivamente: una adquisición, era para él; un daño o una injuria, infligida a

(2) Más tarde será terrible la pena contra el parricidio. Léase la admirable defensa que hizo Cicerón de Sexto Roscio, acusado de aquel delito por uno de los favoritos de Sila. (Obras de Marco Tulio Cicerón). Traducción de Fernández Llera.

algún miembro de la familia, eran hechos que se reputaban ejecutados contra él: cuando el hijo delinquía o cometía una falta, la responsabilidad pesaba sobre el *pater,* y de aquí, que, debía castigar, ejemplarmente, al hijo para libertarse de esa responsabilidad. Era, en una palabra, la patria potestad romana, un poder formidable: como expresión del patriarcado que era, constituía la forma más absorbente de la agrupación social, según la expresión de D'Aguanno: un Estado gobernado por un jefe despótico, dentro del Estado romano, según la propia expresión de Summer Maine; y un poder absoluto respecto del cual el romano hubiera considerado *contra natura* la intervención del Estado, según la exacta expresión de Ihering.

En los primeros tiempos del Derecho Romano el poder del padre era ilimitado, extendiéndose no sólo a los castigos corporales, sino hasta el derecho de vida y muerte sobre el hijo, *(jus vitae nescisque),* el de exponerlo, y el de venderlo. El derecho romano, que no vacilaba nunca ante la consecuencia firme e inflexible, a veces, que podía tener alguno de sus principios, cuando aquella consecuencia no era sino la resultante de un razonamiento lógico, se veía forzado a admitir en este punto un derecho que era un corolario de la organización patrimonial de la familia romana, y el padre tuvo el derecho de vender al hijo. Pero, a la

vez, sin que el principio legal quedara quebrantado, el legislador romano buscaba también fórmulas, dentro del mismo derecho, de atenuar las consecuencias de estas exorbitancias; y por eso, cuando la venta se hacía en Roma, el hijo caía, simplemente, *in mancipio*, que era un poder jurídico privado, como lo define Serafini, que un ciudadan romano libre podía tener sobre otro ciudadano, análogo a la potestad domínica que se tenía sobre el esclavo, pero sin que la persona sujeta a ese poder perdieran ni la libertad ni la ciudadanía. Es verdad que cuando el comprador emancipaba al hijo de otro que había adquirido, el hijo caía, de nuevo, bajo la patria potestad anterior; pero si el padre volvía a venderlo y volvía a repetirse el proceso de la mancipación, y por tercera vez reincidía en la venta, se aplicaba entonces un precepto de las XII Tablas, y el hijo salía de la patria potestad. Así quedó compensado, en el derecho romano, el respeto al ejercicio moderado de un derecho, por odioso que fuera, con la merecida sanción que debía tener el ejercicio abusivo de este mismo derecho. [3] El padre

---

(3) Dice Ihering que del propio modo que entre los judíos había un año jubilar, así también en Roma, cada cinco años, volvían las cosas al poder de sus dueños. El padre que vendía a perpetuidad o definitivamente a su hijo, tenía que repetir cada cinco años la venta, de acuerdo con la regla del año jubilar, y en sentir del autor expuesto, cuando el padre, en tres períodos sucesivos de cinco años, repetía la venta, comprobaba en ello su absoluta indiferencia respecto del hijo, y de aquí la explicación del citado Código romano

tenía también el derecho de abandonar en *noxa* al hijo que estaba bajo su potestad. Cuando la hija contraía matrimonio *in manus,* entonces esta hija salía de la patria potestad en que estaba, para caer en la patria potestad a que estuviera sometido el marido, en cuyo caso venía a quedar colocada en la familia de éste en lugar de una hija: *in loco filiae,* que ellos decían. Este poder absoluto se extendía sobre los bienes del hijo, quien, en los tiempos primitivos a que nos referimos, era considerado a tal respecto como un simple instrumento de adquisición del padre. En este punto el hijo estaba asimilado al esclavo: uno y otro no eran sino elementos integrantes de un patrimonio: sin personalidad jurídica, ni para contratar por sí, ni obligarse, al hijo se le reputaba, como antes dijimos, simple instrumento de adquisición del padre. No importaba, en estos tiempos primitivos a que venimos refiriéndonos, que el hijo apareciera como poseedor de algunos bienes: éstos eran, en todo caso, bienes que el padre no podía darle en propiedad, porque ello hubiera equivalido a que el padre hubiese contratado consigo mismo; y comoquiera que esa situación jurídica del hijo, se entendía en el sentido de todo lo que pudiera favorecer al padre, y no en aquello que pudiera perjudicarlo, el padre no se encontraba ligado por las obligaciones que el hijo había contraído,

y que podían venir en detrimento de su patrimonio. Tal era el rigor de los primeros tiempos. Por lo demás, la patria potestad no era, como si pasa en nuestros días, una institución en interés del hijo, que termina cuando éste alcanza la mayoridad, sino que duraba mientras existía la persona que la ejercía, y cualquiera que fuese la edad del hijo, como ya dijimos, y los cargos o dignidades que desempeñara.

Con la evolución del derecho y de la sociedad, se fué modificando este concepto inflexible que se tenía, al principio, de la patria potestad, y lentamente el derecho absoluto y despótico que tenía el padre sobre el hijo, fué transformándose en un deber de tuición hacia éste, que es el concepto de la patria potestad en nuestros días; [4] y se pasó del principio de ser simple instrumento de adquisición del padre, a una concepción de capacidad jurídica que hizo al hijo capaz de ser propietario, en nombre propio, de un patrimonio. Y así se vió que en la época de Trajano se llegó a excluir de entre los herederos de un hijo, al padre que había sido despiadado con él; y que en la época del Emperador Constantino, se considerara que incurría en la pena de parricidio, el padre que había dado muerte a su hijo sin haber obtenido la previa aprobación del Pretor. Se mantuvo, sí, el principio de que

(4) Artículo 283 y siguientes, Código Civil citado.

el padre podía imponerle al hijo castigos moderados, y de pedirle al Magistrado la aplicación de una corrección mayor, que es también un principio que rige en el derecho contemporáneo. [5] De aquí también que el derecho de exponer a los hijos, o sea, el de abandonarlos en la vía pública, o precipitarlos por un abismo cuando eran monstruosos, quedara prohibido en la época del último Emperador citado, so pena de perder el padre el derecho de patria potestad sobre el hijo. Respecto del derecho de venderlo, quedó reducido, en la época del mismo Constantino, al caso de la extrema miseria del padre, y ello cuando el hijo estaba recién nacido, *sanguinolentus,* que decían las leyes romanas.

Como el hijo era, en el derecho primitivo de Roma, sólo un elemento integrante del patrimonio del *pater,* como lo hemos visto, podía el padre darlo en prenda para garantizar el cumplimiento de una obligación, como podía hacerlo con un esclavo o con una cosa material cualquiera, pero más tarde este derecho odioso les fué también arrebatado a los padres por una Constitución de Dioclesiano y Maximiano. Respecto del abandono noxal, debemos decir que, cuando el hijo causaba un daño a otro, era el padre quien debía resarcir el daño, lo cual podía evitarse con la

(5) Artículo 287 del Código Civil citado.

entrega del hijo a la víctima del delito. El hijo entregado en este caso no se convertía en esclavo del acreedor, sino que estaba simplemente *in mancipium* de éste; pero Justiniano suprimió, con justicia, este injusto derecho.

Hemos dicho que los efectos de la patria potestad se extendían tambén sobre los bienes, y que en el derecho primitivo el hijo carecía de capacidad jurídica para adquirirlo. Ahora bien, el progreso de la sociedad romana, y las nuevas necesidades que iba creando la evolución de aquélla, transformaron estos principios, y al hijo que iba a la guerra, y adquiría un botín, empezó por reconocérsele la propiedad de éste y de aquí el peculio castrense, como se lo llamaba. Fué este peculio un beneficio creado en favor de los soldados, en los tiempos de Augusto o de César, según se cree. El padre no tenía derecho a los bienes que formaban parte de este peculio, sino en el caso de morir el hijo sin testamento, y si era el padre quien moría, tenía el hijo el derecho de retirarlo, previamente, a toda partición, de la masa hereditaria. Desde luego que en vida podía el hijo disponer, libremente, de este peculio castrense. Más tarde se le reconoció también el derecho a otro peculio, que por analogía se denominó cuasi-castrense, porque era el que formaba el hijo, generalmente, con lo que ganaba en el ejer-

cicio de las artes liberales, en el desempeño de algún cargo en la Corte, o en la Iglesia. Por último se le reconoció derecho a otro peculio, que se llamó adventicio, y que estaba formado, primitivamente, con los bienes que podían haberle llegado al hijo por herencia materna, y que más tarde se extendió al de los demás ascendientes, también maternos, y hasta los del cónyuge, por último. Debemos advertir que, primitivamente, lo único que tenía el hijo eran los bienes que el padre consentía en darle en administración, que constituían el peculio profecticio, y que el padre le retiraba cuando quería, y de allí el nombre que llevaba. Pero desaparecido el régimen de la *manus* y conservando, por lo tanto, la madre el sitio que tenía en la familia de su padre, el Senado-Consulto Orficiano, dictado bajo Marco Aurelio, llamó al hijo a la herencia de la madre, y de aquí el origen del peculio. El hijo tenía la propiedad de estos bienes, pero el padre los administraba y tenía el usufructo legal. Este mismo principio es el que rige en el derecho moderno, pero no limitado a lo que al hijo pudiera corresponderle por herencia materna, sino por la paterna o cualquier otra causa, que fué la regla del derecho de Justiniano. (6) Bajo este Emperador, pues, los bienes que no le pertenecían al hijo eran los que había

(6) Artículos 289 y 294, mismo Código.

adquirido con el caudal del padre y que pertenecían a éste en propiedad y usufructo, [7] o los que el hijo recibía de un tercero, que no tomaba en cuenta al donatario sino al padre, o por donación del padre al hijo, que no venían a ser sino legados, propiamente, pues el padre podía revocarlos mientras viviera. [8]

---

(7) Artículo 293, mismo Código.

(8) Puede consultarse en esta materia la excelente obra de D'Aguanno, ya citada, en la cual hay una exposición completa acerca de la organización jurídico-sociológica de la familia romana. Consúltense también: Girard, obra citada; Lariche y Bonjean, obra citada; y Accarias, obra citada.

CAPITULO VI

EL MATRIMONIO

Justae nuptiae.—Condiciones.—Impedimentos.—Debe-
beres y derechos de los casados.—Nulidad

Los romanos definían el matrimonio así: *viri et mulieris conjuntio individuam vitae consuetudinem continens:* la unión del hombre y la mujer para vivir juntos y unir sus destinos.

Como puede observarse, en la definición que precede, lo esencial era la vida en común, la fusión de dos existencias—como dice Accarias—expresada por los términos empleados por las Institutas: *individuam vitae consuetudo.* Podría agregarse que por virtud del matrimonio, legalmente celebrado, venía a ser una misma la condición social de los consortes, ya que el matrimonio *sin manus* mantenía la separación de los patrimonios de ambos contrayentes, y la mujer no adquiría, por el solo hecho de contraerlo, ni los derechos políticos del marido ni lo que llama-

ban los romanos *virilia officia.* La igualdad social y el mismo rango en el hogar, si eran los exponentes del matrimonio romano, y esta elevada noción de miras ejerció, desde un punto de vista filosófico, una gran influencia sobre la práctica de la monogamia. No habla, explícitamente, la definición de la unión de los sexos, pero está sobreentendida como una consecuencia de la vida en común.

Distinguían los romanos el matrimonio del derecho civil, que denominaban: *legitimum matrimonium, justae nuptiae,* de otras uniones que consideraban de derecho de gentes, puramente, porque derivadas del derecho natural, eran practicadas por las naciones civilizadas. Bajo la legislación Imperial, aquellas expresiones designaron, pura y simplemente, la unión legítima del matrimonio, en oposición a otras uniones, no aprobadas ni sancionadas por la ley.

Cinco eran las condiciones del derecho romano para que fuese válido el matrimonio, a saber: la primera, que los contrayentes fuesen de diferentes sexos, que es propiamente una condición impuesta por la naturaleza: púbero, el hombre, núbil la mujer. [1] La segunda, que dichos contrayentes tuvieran el *connubium.* La tercera, que los contrayentes manifestaran

(1) Artículos 67 y 69, Código Civil Venezolano.

su consentimiento válido cuando eran *sui juris.* [2] La cuarta, que cuando no lo fueran, prestaran también su consentimiento las personas bajo cuya potestad se encontraran los futuros cónyuges. [3] La quinta condición exigía que no hubiera impedimentos para contraer el matrimonio.

Respecto de la primera de las condiciones que quedan apuntadas, nada debe agregarse a la razón expuesta de que es, propiamente, una condición impuesta por la naturaleza: entre los fines del matrimonio, entonces y ahora, está el vivir juntos y tener hijos, y nada es más conforme con la naturaleza que la unión del hombre y de la mujer para aquellos fines. Respecto a la pubertad en el hombre y la nubilidad en la mujer, no dejó de haber sus dificultades en el curso del derecho romano, porque si bien nunca hubo dudas respecto de la edad de doce años cumplidos que debía tener la mujer para concebir, no se pensó siempre con la misma seguridad respecto del hombre y de su actitud para engendrar. En la Roma de los Reyes, al cumplir el hombre diez y siete años entraba en la pubertad, y vestía entonces la toga viril; pero pasada aquella época y llegado el reinado del derecho clásico, Proculeyanos y Sabinianos mantuvieron pareceres distin-

---

(2) Artículo 72, mismo Código.

(3) Artículo 83, 84 y 85, mismo Código.

tos. Para los primeros, la pubertad debía fijarse en el hombre al cumplir catorce años: para los segundos, era una cuestión de hecho, que no debía fijarse *a priori,* pero que en la práctica no dejaba de ser embarazosa, desde el momento que para resolverla en cada caso, debía procederse *ex habitu et inspectione corporis.* Una doctrina ecléctica formuló entonces el jurisconsulto Prisco, cuyos extremos eran: la edad que fijaban los Proculeyanos, y la inspección de los Sabinianos; pero Justiniano adhirió a la tesis de los Proculeyanos, y zanjó toda dificultad. Así, pues, en el derecho de este Emperador, el hombre y la mujer no podían contraer matrimonio si el primero no había cumplido catorce años y doce la mujer. (4)

En cuanto a la segunda condición, o sea el *connubium,* designaba la capacidad, ya general, ya relativa, para contraer matrimonio válido. Según la expresión empleada por el jurisconsulto Ulpiano, el *connubium* era la aptitud legal para contraer justas nupcias. Ni los esclavos, ni ciertos latinos, ni los peregrinos, tenían el *connubium,* y por lo tanto, no podían celebrar justas nupcias. En el derecho de Justiniano bastaba, solamente, que los contrayentes no fuesen esclavos. Por lo que hace a la tercera condición, o sea el consentimiento de los que querían casarse, regía el

(4) Artículo 69 ya citado.

mismo principio que para el que se prestaba en los contratos, es decir, que no estuviera viciado ni por error, ni por dolo, ni por violencia; [5] Una excepción, había sin embargo, para las hijas de familia que estaban en potestad, pues éstas no podían rechazar al hombre que sus padres les habían escogido para marido, con tal de que fuera persona honorable y de buenas costumbres. Pero el consentimiento de los contrayentes, por sí sólo, no era bastante, pues la cuarta condición exigía que lo debiesen prestar también, las personas que ejercían la patria potestad sobre aquéllas, lo cual era, ni más ni menos, que el derecho que se les daba a los ascendientes de permitir o de impedir el matrimonio de sus descendientes, derecho éste que estaba, como lo hemos visto, entre los que tenía el *pater familias.* Sucedía en la práctica que el padre rechazaba, a veces, sin motivo fundado, el prestar el consentimiento que el derecho le exigía; pero, este mal lo remediaron las leyes Julia y Pappia Poppea que autorizaban al Pretor a suplir ese consentimiento del padre cuando éste, sin motivo plausible, se obstinaba en no darlo. Podía también suceder que el padre estuviera en la imposibilidad de expresarlo o de manifestarlo, porque estuviera loco, o se encontrara cautivo, o estuviera ausente. En el primer caso,

(5) Artículo 72 ya citado.

o sea, en el de locura del padre, debe observarse que por cuanto las hijas que contraían justas nupcias quedaban sometidas a la patria potestad a que lo estaban sus respectivos maridos, y no se corría el riesgo de que diesen herederos suyos y necesarios a sus padres, podían libremente casarse al ser *sui juris*. No pasaba otro tanto con los hijos de familia, por lo cual el Emperador Marco Aurelio dispuso, que dándose el caso de locura del padre de familia, sólo la autorización imperial podía suplir la falta de aquel consentimiento. Pero habiendo empleado el Emperador la expresión *mente-captus*, que se prestaba a dudas, se originó una controversia entre los jurisconsultos, porque unos decían que abrazaba todos los casos de la locura, y otros, que se refería sólo a aquellos en que no había intervalos lúcidos; de donde resultaba que, para este último caso, se sostenía que el hijo debía espiar dichos intervalos para obtener el consentimiento del *pater familias*, y que era en los demás casos de locura en los que debía solicitarse el permiso imperial. Justiniano puso término a esta polémica, decidiendo el punto en el sentido de que las expresiones de Marco Aurelio abarcaban todos los casos de locura, así hubiera o no intervalos lúcidos. Cuando el padre estaba cautivo, y moría en el cautiverio, no había dudas acerca de la validez del matrimonio

de sus descendientes, pues éstos eran de derecho *sui juris* desde que su causante perdía la libertad. Pero cuando el padre volvía, suscitábanse dudas respecto de la validez del matrimonio contraído durante el cautiverio por los hijos, no en cuanto a las hijas, triunfando la opinión que consideraba válida la unión por ser no sólo de interés privado al matrimonio, o sea, de interés relativo al hijo, sino público, o sea, de interés general, que era hostil al celibato. En la época de Justiniano, el hijo podía casarse válidamente cuando el cautiverio del padre pasaba de tres años. Pero cuando el padre estaba ausente, que es la tercera hipótesis contemplada, y comoquiera que no se sabía ciertamente si vivía o no, en el antiguo derecho prevaleció la opinión de los que se pronunciaban por la validez del matrimonio. Justiniano resolvió legalmente el punto, estableciendo la misma regla de los tres años para este caso.

Debemos decir, por último, en este punto, que como en Roma el referido consentimiento no sólo debía prestarlo el *pater familias,* que podía ser el abuelo, sino el padre del contrayente, cuando se trataba del matrimonio del nieto, pues muerto el abuelo los hijos del referido nieto venían a ser herederos del padre *sui juris* que quedaba rigiendo la familia, bastaba que el abuelo estuviese en Roma y fuera capaz de dar

su consentimiento, para que el nieto pudiera contraer válidamente el matrimonio. Las dificultades ocurrían, precisamente, cuando el abuelo había muerto o se encontraba, a su vez, imposibilitado de cumplir dicha formalidad legal.

La quinta condición apuntada, abarcaba los casos que más tarde el derecho canónico llamó impedimentos dirimentes o absolutos, porque anulaban y hacían ineficaz el matrimonio contraído; e impedimentos impedientes, porque puramente relativos, impedían el matrimonio entre determinadas personas, pero sin anularlo si había sido contraído.

Los impedimentos absolutos, en el derecho romano, eran cinco. No podían casarse, en primer término, los impúberos; tampoco podían hacerlo los castrados: *castratis,* que decían los romanos. Ya hemos examinado el concepto de la pubertad en Roma, y por él vimos que siendo ella la aptitud en el hombre para engendrar y en la mujer para concebir, se comprende que antes de que lo uno y lo otro puedan realizarse en los consortes, matrimonio, entre cuyos objetos estaba el tener hijos, como hemos visto, no podía haberlo. Los simplemente agenésicos, *spadones,* que allí decían, podían válidamente casarse, por ser difícil de comprobar la impotencia de un modo cierto. Por eso el derecho moderno, al refirirse a este

impedimento, habla de la impotencia permanente y manifiesta. [6] No podían casarse, en tercer lugar, las personas que estaban unidas por un matrimonio anterior, de modo, pues, que debemos decir que el derecho romano reconoció como el único válido el matrimonio monógamo. [7] Tampoco podía válidamente casarse, en segundas o últimas nupcias, la mujer sin esperar el trascurso de lo que llamaban el año de duelo, que eran diez meses en el derecho antiguo, y doce después de Teodosio. [8] La principal razón de esta regla está en que evitaba lo que los romanos llamaron la *turbatio sanguinis.* Si no se hubiera aplicado tal regla y se hubiera permitido a la mujer casarse en toda época después de la viudez, hubiera habido incertidumbre sobre la paternidad del hijo nacido dentro del período máximo de la gestación, principal y señaladamente si la mujer al enviudar había quedado grávida. De aquí, pues, que si la mujer había dado a luz antes del año referido, podía válidamente casarse aún sin cumplirse aquel plazo. En el antiguo derecho, por último, la cualidad de Vestal estaba entre los impedimentos absolutos para contraer matrimonio. Sabemos que el culto a la Diosa

(6) Artículo 70, Código Civil citado

(7) Artículo 73, Código Civil citado

(8) Artículo 80, Código Civil citado

Vesta fué confiado por Numa a cuatro doncellas, y después, por Servio Tulio, a seis, escogidas por el Sumo Pontífice de entre veinte jóvenes de las familias más distinguidas de Roma. Las Vestales hacían votos de castidad, y de aquí el impedimento absoluto de que se ha hablado para contraer matrimonio. [9] Por tréinta años duraba este voto, de suerte que cuando trascurrían aquellos, volvía la Vestal a la vida común y podía legalmente casarse. No eran, por cierto, miradas con simpatía las nupcias que celebraban, pues la superstición de los romanos las tenía por funestas, lo cual no sólo se explicaba por la edad a que el matrimonio se contraía por parte de ellas, treinta y seis años por lo menos, cuarenta o más, generalmente, sino porque el fausto con que vivían, el aislamiento que las había rodeado y los honores que estaban habituadas a recibir de todos, despertaban y desarrollaban en ellas los rasgos más salientes de un temperamento dominador, propicio a querellas domésticas. [10] Cuando las Vestales quebrantaban el voto de castidad, se celebraban expiaciones públicas para aplacar la cólera de los dioses: a la Vestal se la enterraba

---

(9) El citado Artículo 73 del Código Civil Venezolano dice: No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior, ni el de un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión.

(10) Pueden verse detalles sobre las Vestales en Heineccio: Manual de Antigüedades romanas.

viva, y el suceso era inscrito en el catálogo de los días lúgubres. En la época del Cristianismo, la mujer que había hecho voto de castidad, tenía un impedimento dirimente para el matrimonio.

Entre los impedimentos relativos, debemos colocar, en primer término, el que prohibía el matrimonio entre algunos próximos parientes y entre ciertos afines.

El parentesco, decían los romanos, podía ser ascendente, descendente, o colateral *(superior, inferior, ex transverso, quae etiam a latere dicitur).* El primero era el que unía a las personas de quienes se trataba, con aquellos de quienes descendían, como pasaba con el hijo respecto de su padre, con el nieto respecto de su abuelo. El descendente era el que unía a una persona con las que descendían de ella: al padre con el hijo, al abuelo con su nieto y demás. El tercero, o sea el colateral, era el que unía a personas que, sin descender las unas de las otras, tenían, sin embargo, un tronco común, como pasaba con los hermanos, las hermanas y sus descendientes. La serie de grados formaba lo que se llamaba la línea. El parentesco ascendente y el descendente formaban lo que se designaba con el nombre común de parentesco en línea directa. [11] En la línea se contaban los grados del parentesco según las generaciones que había entre las personas: el hijo

(11) Artículo 61, Código Civil citado

se encontraba con respecto a su padre en el primer grado, el nieto respecto de su abuelo en el segundo, y así hasta el infinito. En la linea colateral se contaban los grados por las generaciones, subiendo desde uno de los parientes hasta el causante común, que no se contaba, y volviendo a bajar desde éste hasta el otro pariente. De aquí, pues, que el hermano y la hermana se encontraran en Roma en el segundo grado: el tío y la sobrina en el tercero, y así de seguida. [12] El matrimonio estaba prohibido en Roma entre las personas unidas en línea directa, y ello hasta el infinito. [13] El parentesco, en el orden de esta prohibición, podía ser natural, o simplemente civil, o resultante de la adopción o de simple afinidad. En cualquiera de estos casos no podía haber unión legítima: el padre no podía casarse con la hija, ni el abuelo con la nieta, ni la madre con el hijo, ni la abuela con el nieto. Estas uniones se llamaban incestuosas; y como la prohibición era absoluta y abarcaba hasta los casos de la adopción, el padre adoptante no podía casarse con su hija adoptiva, ni aun después de haberla emancipado. [14] Fundábase la prohibición legal del matrimonio entre consanguíneos o cognados, no sólo en la

---

(12) En el derecho venezolano el cómputo se hace con arreglo a lo establecido en el Derecho Canónico. Artículo 62, Código citado.

(13) Artículo 74, Código Civil citado.

(14) Artículo 77, Código Civil citado.

repugnancia intuitiva que tales uniones han despertado siempre, justificada por los efectos de degeneración física e intelectual que son consecuenciales al cruzamiento entre personas de la misma sangre, principal y esencialmente cuando el parentesco es muy próximo. Por lo demás, por razones de pública honestidad, se han prohibido siempre, desde Roma, las uniones entre parientes, aun cuando no fuera muy próximo el parentesco, pues el legislador, partiendo de la base moral de la expresada unión, y del vivir juntos de esas mismas personas, entre quienes prohibía el matrimonio, creía conservar con ello, el respeto que debía existir en los hogares, fácil de ser relajado si un subsiguiente matrimonio podía ocultar cualquier desliz entre esas mismas personas. En la línea directa, pues, como dijimos, es decir, entre ascendientes y descendientes o viceversa, *(cognatio superior vel inferior)*, la prohibición era absoluta y llegaba hasta el infinito. En la línea colateral, *(cognatio a latere)*, la prohibición era menos rigurosa, y cambiaba según el grado de parentesco. Así, entre cognados naturales, la prohibición del matrimonio llegaba hasta el sexto grado: fué más tarde restringida de modos diversos, y al fin, Justiniano la fijó en el tercer grado. Así, pues, entre cognados del cuarto grado, el matrimonio era permitido en Roma. Con todo, la ley hacía una excepción,

a saber: cuando uno de los cognados, parientes en el cuarto grado, estaba más cerca del autor común que el otro, como pasaba con los tíos y tías, con respecto de sus sobrinos y sobrinas. No era permitido el matrimonio del tío con la hija de su hermano o de su hermana, [15] aún cuando estuvieran en el cuarto grado de parentesco, y si no era permitida la unión respecto de la hija del hermano, tampoco lo era respecto de la nieta. A estos colaterales los colocaba el derecho romano en la clase de ascendientes, *(loco parentuum hubuntur).* Pero debemos sentar que era sólo a esta clase de colaterales a quienes la Ley, por considerarlos ocupando el lugar de los ascendientes, les prohibía el matrimonio entre sí, porque el nieto que no podía casarse con la hija de su abuelo, o sea con su tía, podía sí contraer matrimonio legítimo con la hija de ésta, que venía a ser su prima. Era, pues, el matrimonio entre el tío y la sobrina, el que estaba prohibido, y de aquí que cuando Claudio pretendió casarse con su sobrina Agripina, hija de su hermano Germánico, una Ley *ad hoc* declaró lícito tal matrimonio. Constantino volvió luego al derecho tradicional en este punto, o sea, al *respectus parentelae.* La prohibición alcanzaba hasta la tía segunda, paterna o materna. Entre primos hermanos el ma-

(15) Artículo 76, Código Civil citado.

trimonio era, pues, permitido. Algunos Emperadores Cristianos, lo prohibieron más tarde, pero una Constitución de Arcadio y Honorio, derogó tal prohibición y esta derogatoria perduró en la legislación romana. Entre cognados civiles, o sea, entre parientes por adopción, se prohibía el matrimonio en la línea colateral mientras duraba el vínculo. De aquí que el hermano no podía casarse con su hermana adoptiva, [16] antes de ser ésta emancipada.

En cuanto a los afines, o sea, en atención al vínculo que establecía el matrimonio entre los cognados de los consortes, (*affinitas*), se prohibía el matrimonio en línea directa hasta el infinito, como pasaba, por ejemplo, entre el suegro y su nuera, entre el padrastro y sus hijastras, entre la suegra y el yerno. [17] La prohibición se fundaba en la regla ya citada: *(loco parentum suunt)*. En la línea colateral, el matrimonio era lícito. Fué en los últimos siglos del derecho romano cuando vinieron a quedar prohibidas las uniones entre cuñados. [18] Había en el derecho romano, además de las prohibiciones que quedan señaladas, otras en que no había, en realidad, ni parentesco ni

(16) Artículo 77, ya citado.

(17) Artículo 74, Código Civil citado.

(18) En el derecho venezolano el matrimonio entre cuñados está prohibido cuando el que produjo la afinidad quedó disuelto por divorcio. Artículo 76, mismo Código.

afinidad entre las personas a quienes se prohibía la unión, como pasaba, por ejemplo, entre el hombre que pretendía casarse con la viuda del hijo que su mujer había tenido de un primer matrimonio, o con la hija que su mujer divorciada hubiera tenido de un nuevo matrimonio, o con la madrastra de su mujer, o con la prometida o novia de su hijo, o con la de su padre, o por último, con la madre de su novia. En esta misma categoría de prohibiciones se colocaba la del padrino y la madrina con sus ahijados, como pasaba en el derecho de Justiniano, bajo la influencia del Cristianismo.

La diferencia de condición social constituyó en Roma, muchas veces, un impedimento para el matrimonio. Así encontramos, por ejemplo, que entre patricios y plebeyos estuvo durante mucho tiempo prohibido el matrimonio, hasta que se promulgó la ley Canuleya que abolió esta prohibición. Más tarde también estuvo prohibido el matrimonio entre ingenuos y libertos; y así la patrona no podía casarse con su liberto. Fué la Ley *Julia et Pappia* la que vino a permitir el matrimonio entre aquellos, o sea, entre ingenuos y libertos, conservando, sin embargo, la prohibición en cuanto a los Senadores y sus descendientes, hasta que Justiniano derogó también esta prohibición. A estos mismos Senadores y a sus hijos, les

estaba prohibido celebrar nupcias con cómicos o hijos de éstos, por lo menos hasta que Justino, y el mismo Justiniano después, derogaron tal prohibición. Entre cristianos y judíos estaba prohibido el matrimonio en los últimos tiempos del derecho romano. El ejercicio de determinadas funciones también podía llegar a constituir un impedimento: el tutor no podía casarse con su pupila [19] antes de que hubieran corrido los cuatro años en que después de llegada aquélla a la mayoridad podía perder el beneficio de la *integrum restitutio.* El Gobernador de una Provincia no podía casarse con una mujer del lugar. Tampoco podía contraer justas nupcias la adúltera con su cómplice de adulterio. Tampoco el raptor podía casarse con la mujer raptada.

Cuando en Roma, a pesar de las prohibiciones que quedan ya citadas, se contraía algún matrimonio, éste era nulo y no surtía ningún efecto. [20] Había, sin embargo, una excepción, y era cuando la regla que evitaba la *turbatio sanguinis* había sido la que resultaba quebrantada, casándose la mujer antes del año de duelo, pues entonces la unión no era nula, sino que a los consortes contraventores se les imponía una pena. Sucedía, muchas veces, en Roma, que no había habido

(19) Artículo 81, Código Civil citado.

(20) Artículos 138 y siguientes, Código Civil citado.

en los contrayentes una intención manifiesta de contravenir la prohibición legal, sino que en la ignorancia de ésta, el matrimonio era contraído de buena fe, o sea putativo, como más tarde lo llamó el derecho canónico. Este claramente estatuyó la doctrina, que ha pasado al derecho contemporáneo, de que en tales casos, el matrimonio produce sus efectos legales con respecto de los hijos, hasta el día, naturalmente, en que el impedimento es descubierto y cesa, por lo tanto, la buena fe, [21] No podríamos asegurar, de un modo categórico, que tal fué la teoría del derecho romano; pero si puede decirse que es permitido sostener que las mismas reglas se siguieron en él, como fundadas en la equidad que eran. Lo que no podría afirmarse sería que el derecho romano proclamó, formalmente, la teoría del matrimonio putativo, como sí lo hizo claramente el derecho canónico.

No estaba rodeado de solemnidades ni de formas el matrimonio romano, excepción hecha de la unión llamada por ellos *confarreatio*, que a poco cayó en desuso. Podemos, pues, sentar que el matrimonio resultaba en Roma del simple consentimiento de dos personas, y de aquí las expresiones que encontramos en los textos: *consensus facit nuptias: nuptias facit affectus.* Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la

(21) Artículo 151, Código Civil citado.

entrega de la mujer, en manos del marido, era un elemento material de la mayor importancia en Roma, por lo cual sostiene Girard que el solo consentimiento no bastaba, pues si la mujer estaba ausente, no podía verificarse el enlace matrimonial. Las costumbres imponían, sí, por lo menos, a las personas de cierta posición social, rodear al matrimonio de determinadas festividades, *(nuptiarum festivitas)*, que decían ellos. [22] Pero ni estos festejos, ni las ceremonias mismas que se practicaban, por lo general, tenían nada que ver con la cuestión de validez o de invalidez del matrimonio. De un modo indirecto prestaban, sí, sus ventajas, pues, las personas que concurrían a tales ceremonias, podían más tarde, ser llamadas como testigos en el caso de que se contestara la realidad de la unión. La *amicorum fide* servía, en efecto, de prueba del matrimonio. De modo, pues, que la convivencia de dos personas de distintos sexos, constituía una presunción legal de estar unidas en matrimonio, al menos cuando se trataba de personas de condición igualmente honorable, como lo confirmó más tarde la Constitución Imperial de Teodosio II y de Valentiniano III.

(22) En el citado Manual de Antigüedades Romanas, pueden verse todos los detalles relativos a las nupcias en Roma, en que se mezclaban supersticiones, pantomimas y ritualidades curiosísimas, y hasta cánticos alusivos al rapto de las Sabinas que, como es presumible, no fué más que una fábula que tuvo su origen en el matrimonio endogámico de los pueblos primitivos.

Cuando entre las personas, a que acabamos de referirnos, no había matrimonio, tenía que destruirse la presunción legal antedicha, acreditándose que no existía entre ellas *maritalis affectio,* es decir, intención recíproca de tomarse por marido y mujer. En el derecho de Justiniano, fueron derogados estos principios, y se decidió que cuando se trataba de Senadores y de personas ilustres, la prueba matrimonial no podía resultar de la presunción de que se ha hablado, sino de un documento que llama capitulaciones matrimoniales el derecho moderno, y que en Roma decían, *dotalia instrumentum,* o sea, un acto escrito que reglaba las relaciones patrimoniales de los cónyuges. Debe agregarse que se practicaba entre familias cristianas, hacer bendecir su unión por un sacerdote, lo cual dió origen a que a fines del siglo IX, el Emperador León IV el Filósofo, exigiese tal ritualidad como condición para la validez del matrimonio.

Sentados estos antecedentes debemos pasar al estudio de las relaciones resultantes de esta unión entre las personas que la contraían, o sea, a las relaciones de los cónyuges entre sí. Del matrimonio se derivaban en Roma, del mismo modo que en nuestros días, derechos y deberes para cada uno de los contrayentes. El deber de vivir juntos: *individua vitæ consuetudo:* el de

guardarse fidelidad; el de socorrerse mutuamente. [23] Estos deberes podríamos llamarlos comunes a ambos. A ellos podrían agregarse la prohibición de toda acción penal o infamante de uno de los cónyuges contra el otro, y la afinidad, que era el vínculo legal que no sólo se creaba entre ellos—como un efecto inmediato de las justas nupcias,—sino el que existía, desde el momento de la unión, entre cada cónyuge, y los parientes del otro. [24] Particularmente los cónyuges tenían derechos y deberes que no eran de un orden común, sino especiales o propios de uno de ellos, como sucede igualmente, todavía, en el derecho moderno. Así, por ejemplo, el marido tenía el derecho, a que la mujer le obedeciese y respetase, y en épocas bárbaras , primero, y luego, hasta los tiempos de Teodosio, en que fué prohibido, se le llegó a reconocer al marido un derecho de jurisdicción sobre la mujer, y hasta el de pegarla. Tenía, igualmente, el marido, el derecho de que la mujer lo siguiese adonde él fijase el lugar de su residencia. [25] Consecuencia de este derecho, era, que el marido tenía una acción breve y sumaria para ejercer este derecho, cuando la mujer se negaba a seguirlo, o sea, el interdicto allí

(23) Artículo 174, Código Civil citado.

(24) Artículo 63, Código Civil citado.

(25) Artículo 179, Código Civil citado. El Juez, en casos graves, sinembargo, puede eximir a la mujer de ese deber.

llamado de *uxore exibenda et ducenda.* Por su parte, la mujer tenía derecho al nombre, al rango y a la posición que el marido ocupaba, y a la protección que debía él prestarle en toda época. [26] No sólo el deber de convivencia, tenía su sanción legal en el interdicto de que hemos hablado: el de fidelidad tenía por consecuencia, que, violado por uno de los cónyuges, daba al otro causal legal de divorcio, [27] y llegaba hasta imponerle al marido la restitución de la dote cuando él era quien había faltado a la fe prometida a su consorte. Cuando era ésta quien cometía el adulterio, la falta se consideraba de mayor gravedad aún, y de aquí que la ley *Julia de adulteriis,* llegase a penar este delito de la mujer, con la confiscación de una mitad de la dote, y también con la tercera parte de sus demás bienes, a lo que se agregaba la confiscación de la mitad del patrimonio de su cómplice y el destierro de ambos a una isla. Más lejos todavía llegó el Emperador Constantino en su propósito de reprimir, enérgicamente, el adulterio, y castigó con la pena de muerte a la adúltera y a su cómplice. Tal era la sanción de ese delito en el derecho de Justiniano. Pero bajo este mismo Emperador, el rigor de tal pena

(26) Artículo 175, Código Civil citado.

(27) Artículo 189, Código Civil citado. Cuando se trata del adulterio del marido, se requiere que éste mantenga concubina en su casa o notoriamente en otro lugar

fué atemperado; y la pena de muerte fué reemplazada por la de azotes a la mujer y reclusión en un monasterio. Dábase al marido un plazo de dos años para unirse de nuevo a la adúltera, así castigada; pero si transcurría dicho plazo sin hacerlo, entonces la reclusión de la mujer se convertía en una pena perpetua, llegándose hasta la pérdida total de sus bienes, en favor del monasterio, cuando no tenía ni ascendientes ni descendientes. Las leyes romanas, pues, consideraban de mucho mayor gravedad el adulterio de la mujer que el del marido, no sólo porque aquél introducía en la familia elementos extraños que no eran la obra del marido, sino por la relajación moral que esta falta revelaba, y sigue revelando, principalmente en la mujer. De modo que así nos encontramos, en el antiguo derecho, con que el padre podía matar impunemente a la hija que sorprendía en flagrante delito de adulterio, lo mismo que a su cómplice: derecho éste que también tenía el marido, respecto del cómplice, en el derecho primitivo. Cuando la mujer era comerciante o había ejercido la profesión de alcahueta, *(lena)*, que ellos decían, el adulterio no tenía sanción, porque se presumía que el marido no podía haberse hecho ilusiones acerca de la fidelidad de su elegida.

Consecuencia, igualmente, del deber de fidelidad de los cónyuges era la monogamia. Un segundo ma-

trimonio, viviendo uno de los contrayentes de un matrimonio anterior, era considerado un delito que acarreaba la infamia, ya incurriesen en la bigamia el marido o la mujer. Los romanos llegaron en este punto a un límite radical, pero lógico. Cuando la segunda unión se contraía de mala fe, no sólo era nulo el segundo matrimonio, sino que al marido culpado se le consideraba estuprador y se le castigaba como reo de tal delito.

Ahora bien, así como el matrimonio producía entre los cónyuges, las relaciones que acabamos de analizar, también las producía entre los mismos cónyuges y sus hijos. La primera de estas relaciones era que el marido era tenido como padre del hijo concebido durante el matrimonio: *pater est quem nuptiae demonstrant,* presumiéndose concebido durante el matrimonio, el hijo nacido 180 días cumplidos después de su celebración, y el nacido dentro de los 300 siguientes, también cumplidos, de su disolución o anulación. [28] La doctrina clásica del derecho romano fijó, pues, los límites extremos de la duración legal de un embarazo, o sea de la gestación; de donde se seguía que para tener el hijo la filiación de *justus* y gozar del beneficio de la legitimidad, debía haber sido concebido, a lo más tarde, el centésimo octogésimo primero día antes

---

(28) Artículo 212, Código Civil citado.

del nacimiento. En el derecho romano, la presunción sentada por la regla de que se ha hecho mención, cedía ante la prueba contraria que podía hacer el padre de no ser él, el padre del recién nacido; de modo que la presunción era allí simplemente *juris*, al paso que en el derecho contemporáneo, por querer evitar el legislador los procesos escandalosos a que el punto se presta, salvo excepciones de casos que la misma ley contempla, ha elevado la referida regla a una presunción *juris et de jure*. La segunda relación que producían las justas nupcias, en cuanto a los hijos, era que éstos seguían la condición del padre y tenían el derecho de llevar su nombre: [28] si el padre era patricio también lo era el hijo: si era Senador, el hijo tenía el rango que correspondía a los descendientes de un Senador. La tercera relación eran los derechos de sucesión de los hijos en la herencia de sus padres: derechos aquellos que reposaban en Roma sobre los lazos de la agnación, hasta que en la época de Justiniano quedaron sustituidos por los de la cognación, o sea, el parentesco por consanguinidad. [29] La cuarta relación era el derecho de los padres a la sucesión de los hijos. La quinta, el que tenían los padres al respeto y obediencia de sus hijos, *(reverentia)*, que decían

---

(28) Artículo 222, Código Civil Venezolano

(29) Articulo 813, Código Civil Venezolano.

los romanos, [30] de donde se sigue que el hijo no podía intentar contra su padre ninguna acción penal o infamante. La sexta relación era el derecho y el deber que tenían los padres de dirigir y educar al hijo en conformidad con la posición legal de aquéllos. [31] En caso de controversia, la voluntad del padre privaba sobre la de la madre, y en caso de divorcio, le tocaba al Magistrado estatuir sobre cuál de los dos cónyuges debía seguir pesando la obligación legal de la educación del hijo. La Novela 117 ordenó, ya en la época de Justiniano, que los hijos fuesen confiados al cónyuge inocente. La séptima relación era el derecho de los padres de exigir alimentos de sus hijos, y el derecho al beneficio de competencia. [32] Debemos decir que la ley romana, para todos estos derechos recíprocos entre padres e hijos, no hacía distinción entre el hijo legítimo, el legitimado y el que provenía de un matrimonio putativo. Ahora bien, no sólo la *confarreatio* confería en Roma la *manus* sobre la mujer: había otras dos formas más que eran, la *coemptio,* y el uso. La *confarreatio* era el matrimonio que practicaba la nobleza romana, el matrimonio aristocrático, que tenía un sello religioso, porque en la ceremonia

(30) Artículo 283, Código Civil Venezolano.

(31) Artículos 286 y 308, Código Civil Venezolano.

(32) Artículos 310 y 2.023, Código Civil Venezolano.

intervenían el Gran Pontífice y el Flamino de Júpiter, y estaba ligado al pronunciamiento de palabras sacramentales. Pero al lado de este matrimonio quiritario, digamos, existía otro que era más bien el matrimonio de los plebeyos, llamado *coemptio*, porque, como se hacía simulando la adquisición de una cosa *mancipi*, con las fórmulas de la *mancipatio*, había, en el fondo, una compra-venta recíproca de los esposos, y de aquí la expresión *coemptio*.

Respecto del *usus*, era ni más ni menos que la adquisición de la *manus* sobre la mujer por virtud de una usucapión que debía cumplirse al cabo de un año. Era desde luego esta forma de matrimonio de las que se practicaban desde los primeros tiempos, pues las XII Tablas se ocuparon en establecer un principio que le permitiese a la mujer interrumpir aquella prescripción, y así fué establecido en dicho Código, que si la mujer, por tres noches consecutivas, dejaba de habitar el hogar, había que empezar de nuevo a contarse el referido plazo de un año. De estas formas de matrimonio fueron desapareciendo, primero el *usus*, y después, la *confarreatio*, viniendo a predominar definitivamente, la *coemptio*, que era la que daba propiamente al acto un carácter civil. [33]

---

(33) Pueden consultarse: Esmein, "Mélanges d'Histoire du Droit et de Critique"; Ihering, obra citada, principalmente en lo relativo a la *coemptio;* Westermark: Historia del matrimonio en la especie humana; Accarias, obra citada; Girard, obra citada; y Enrico Fornassotto: "La Condizione jiuridice della Donna nella Storia del Diritto Romano".

Para concluir la exposición relativa a la institución del matrimonio en Roma, debemos decir que, así como en el derecho moderno los esponsales preceden al matrimonio, también en Roma había entre los futuros contrayentes promesa recíproca de matrimonio, [34] la cual, por hacerse en la forma verbal de la estipulación, que se hacía por medio de la pregunta: *spondes?,* seguida de la repuesta *spondeo,* dió origen al nombre. Parece que en los tiempos primitivos dicha promesa era del todo obligatoria para quienes la prestaban; de modo que el que faltaba a ella estaba obligado a pagar daños y perjuicios. [35] A poco, la evolución jurídica dejó de hacerla obligatoria y no tenía su violación sino la nota de infamia con que la acompañaba el Pretor cuando se dejaba sin cumplir una promesa que no había sido previamente disuelta. Más tarde, cuando los esposos acostumbraban darse arras, como garantías del cumplimiento de la promesa de casarse, el que violaba dicha promesa perdía las arras que había dado, lo que equivalía a la obligación de devolver el doble, formado por las propias arras que perdía y por las que había recibido, que debía devolver. Había, sin embargo, una excepción, y

(34) Artículo 64, Código Civil citado.

(35) En el derecho venezolano la parte que sin justo motivo rehusa cumplir la promesa de matrimonio, satisfará a la otra los gastos hechos por causa del prometido matrimonio. Artículo 65, Código citado.

era cuando se trataba de mujeres que no habían llegado a la mayoridad, en cuyo caso no estaban obligados a restituir sino las arras que habían recibido, pero no perdían las que habían dado. Por lo demás, se exigían para los esponsales los mismos requisitos que para el matrimonio, excepción del relativo a la pubertad: bastaba en Roma, en consecuencia, que se hubiese alcanzado la *infantia major* para que pudiera hacerse, válidamente, promesa recíproca de futuro matrimonio.

CAPITULO VII

EL MATRIMONIO (Continuación)

Concubinato.—Matrimonio sine connubium. Contubernio.—Disolución del matrimonio.—Divorcio. Segundas o ulteriores nupcias

Expuesta ya la situación legal en Roma que regía el matrimonio legítimo, debemos pasar al estudio de otras uniones, que aún cuando eran consideradas extrañas al matrimonio o fuera de él, llegaron a ser tenidas por lícitas en aquella sociedad. Así sucedía con el concubinato, que era la unión sexual, constante y habitual, entre un hombre y una mujer libres. En principio, cuando estas uniones no tenían ese carácter permanente que las distinguía de las que eran transitorias y puramente ocasionales, se las consideraba ilícitas, y de aquí que la nombrada Ley *Julia* de adulterio castigara el hecho, como delito de estupro, cuando se realizaba con una mujer de condición respetable. Pero bastaba que la unión dejara de ser acciden-

tal, como queda establecido, para que dentro del espíritu y letra mismos de aquella ley, que tenía por objeto reprimir las relajaciones de la moral matrimonial, se considerase como disculpable tal unión y se la excluyese de sus sanciones. Este criterio, claramente definido, cristalizó en el lenguaje jurídico: se creó el término *concubinatus* para expresar esta clase de unión extra-matrimonial inferior a las justas nupcias, y la palabra *concubina* o *amica* para distinguir a la mujer que era objeto de ella, de la *pellex* que era la barragana de un hombre casado. Mucho antes del Imperio, el concubinato estaba extendidísimo en Roma; pero era un simple hecho ignorado por la ley que no producía ningún efecto útil ni perjudicial. Las leyes de Augusto fueron las que le dieron importancia jurídica, porque desde entonces fué reconocido por el legislador. Por esto nos encontramos con que en la época del derecho clásico, el concubinato fué ni más ni menos que una unión lícita regida por las reglas del matrimonio del derecho de gentes, y ajustada, por consiguiente, al principio de la monogamia. De donde se dedujo, no sólo que el hombre no podía tener lícitamente más de una concubina, sino que el casado no podía, legalmente, tenerla. En el fondo, pues, las justas nupcias y el concubinato no tenían diferencias radicales. En el último no había

maritalis affectio, que sí la había en las justas nupcias, o sea, intención de considerarse los unidos, según esta última forma, como legalmente casados, de donde se seguía que la *amica* o *concubina* no tenía ni el rango ni la dignidad de la mujer legítima, ni se consideraban legítimos los hijos provenientes del concubinato, ni el padre tenía, por lo tanto, sobre ellos, la patria potestad. Al concubinato lo sostenía, simplemente, la voluntad de los que lo habían escogido como fórmula de matrimonio. Cuando esa voluntad dejaba de existir, la unión se disolvía. Bastaba, por ejemplo, que la concubina se volviese loca para que el concubinato quedase disuelto, lo cual no podía acontecer en presencia de un matrimonio legítimo. Había, sin embargo, una excepción dentro del concubinato mismo, en cuanto al principio que regía su permanencia o su disolución, y era cuando la concubina de un patrón era la liberta de éste, en cuyo caso no le era permitido separarse de él, cuando era sólo ella quien lo deseaba. El adulterio mismo de la concubina, que no caía bajo las sanciones de la citada Ley de Augusto, era castigado cuando se trataba de la liberta unida en concubinato a su patrono. Y era que había casos en que la concubina tenía el rango que alcanzaba la esposa y merecía el nombre de matrona, y así pasaba con la liberta. Las costumbres no le permitían a ésta llegar

a ser la esposa de su patrono, pero toleraban que llegase a ser su concubina y le imponían que le guardase fidelidad. Pero donde está la mejor prueba de que el concubinato era en Roma una unión tolerada por las costumbres y por el derecho, es que además de excluir toda idea de estupro, y por consiguiente, no acarrear las penas que a éste acompañaban, producía la cognación entre la madre y el hijo, y también la *cognatio* entre éste y el padre. De la primera, o sea del vínculo jurídico que por razón de la sangre se establecía entre la madre que había vivido en concubinato y el hijo nacido de esta unión, se sigue:

1º—Que el hijo seguía la condición de la madre.

2º—Que ésta tenía el deber y el derecho de mantenerlo y educarlo.

3º—Que tenía también derecho a la obediencia y respeto del hijo y, llegado el caso, a reclamarle alimento; y

4º—Que había derechos recíprocos de sucesión entre la misma madre y el hijo, desde que así lo ordenaron los Senado-Consultos *Tertuliano* y *Orphitiano*.

De la *cognatio* entre el padre y el hijo nacido de un concubinato, no se desprendía el derecho para éste—como ya lo hemos expuesto,—de ser considerado hijo legítimo, como sí sucedía con el hijo que nacía de justas nupcias; pero el hijo nacido de concubinato

tenía en Roma la acción de inquisición de paternidad, no fundada en la regla que presidía la filiación en los matrimonios legítimos: *pater is est quem nuptiae demostrant,* sino en virtud de las presunciones de hecho que emanaban del concubinato mismo, acerca de las cuales estatuía el Magistrado, en caso de controversia. De donde resultaba que aparte de la posibilidad de una legitimación que era siempre un derecho que tenía el padre respecto del hijo nacido de la unión que se está analizando, *la cognatio* entre ellos hacía nacer un derecho recíproco de alimentos, y para la época de Justiniano, derechos, también recíprocos, de sucesión. La influencia del Cristianismo se hizo sentir contra la práctica considerada lícita: *licita consuetudo,* del concubinato, y Constantino llegó a prohibirla en casos especiales. Por medio del halago de la legitimación de los hijos se aspiró a transformar los concubinatos que existían, en matrimonios legítimos, y en este camino, llegó hasta ser de mejor condición económica el hijo legítimo que el natural. Pero encontró tántas dificultades en su propósito el citado Emperador, que se vió obligado a sesgar, hasta que al fin, León el Filósofo, por considerar ilícito el concubinato, resuelta y claramente lo prohibió.

Fuera de esta unión existía otro matrimonio que era el del derecho de gentes. Era éste el que celebra-

ban los extranjeros entre sí, o el que se contraía entre romanos y extranjeros. Estos matrimonios, en que por no existir el *connubium* no podían elevarse a la categoría de justas nupcias, eran de una categoría más alta que el concubinato, y le comunicaban a la mujer la condición de su marido. Puede que en estas uniones hubiera existido un deber de fidelidad por parte de la mujer; pero si esta incurría en adulterio, el marido carecía de acción legal para perseguir este delito, que correspondía, desde luego, al marido unido en justas nupcias, y al patronato, como lo hemos visto, contra la concubina en el caso del concubinato.

Excepción hecha de estas uniones que quedan examinadas, no había otras uniones en Roma que en cierto modo surtieran efectos legales. Las uniones entre esclavos o entre personas libres y aquéllos, no surtían ningún efecto jurídico. Cuando tenían cierto carácter de permanencia se les daba un nombre y se las llamaba *contubernium;* pero ningún efecto legal producían: se requería que el esclavo llegase a liberto para que los vínculos de sangre que se derivaban del contubernio llegaran a constituir impedimento para el matrimonio, produciéndose entonces, por lo tanto, cierto efecto jurídico. En el derecho clásico se invocaba, por parte de los jurisconsultos, no un principio de derecho, sino una razón de piedad para im-

pedir la separación de los esclavos ligados por tal unión, que fué la misma que condujo mucho después a Constantino a disponer que se la tuviese en cuenta en los casos en que se partía un predio, del cual formaban parte grupos de esclavos. Veían las leyes romanas, con la mayor repugnancia, las uniones de las mujeres libres con los esclavos, y un Senado-Consulto llamado Claudiano, dispuso que la mujer en tal caso podía llegar a ser esclava, a su vez, del dueño del esclavo con quien mantenía relaciones ilícitas si persistía en ellas. A más llegó Constantino, disponiendo que la pena a la mujer sería la de muerte si se trataba de un esclavo que le perteneciera. Estas uniones entre personas libres y esclavos, eran castigadas como crímenes por el derecho romano, pero desde luego que entre esclavos eran lícitas, como lo hemos visto, aún cuando desprovistas de otro efecto que no fuera el de afinidad que se consideraba un impedimento para cualquiera otra unión que pretendiese tener el esclavo.

Por lo que hace a los hijos nacidos de un contubernio, hay que observar que si nacían esclavos, la *servilis cognatio* no producía sino los efectos de afinidad que quedan mencionados; pero si nacían libres, porque lo era la madre el día del nacimiento del hijo, o en cualquier momento del embarazo, según el de-

recho que rigiera, entonces entre la madre y el hijo se establecía un nexo jurídico que daba ocasión a un derecho sucesoral entre ellos dos. Justiniano derogó la *servilis cognatio* y dispuso que existiera el referido derecho sucesoral entre el hijo y su autor, si al momento de morir uno de ellos ambos eran libres. Al examinar la legitimación veremos cómo caían bajo la patria potestad del padre, los hijos que provenían de estas uniones que no eran las *justæ nuptiae.*

Por lo demás, toda otra unión se consideraba ilícita en Roma, y se la comprendía en la expresión general de adulterio, siendo de advertir que cuando la falta se cometía con una virgen o con una viuda, se la designaba con el nombre especial de *stuprum.* A los hijos que nacían de estas uniones ilícitas, se los llamaba: *spurii* y también *vulgo quaesitae.* Debemos decir, por último, que cuando se trataba de hijos espurios, nacidos de mujeres que pertenecían a la alta clase social en Roma, estaba prohibida la inquisición de la maternidad, recibiendo así excepción la regla *mater certa est,* que constituyó una norma en el derecho romano, y después en las leyes que se derivaron de aquél.

Por lo que hacía a las segundas nupcias, cabe decir que disolviendo el divorcio el vínculo de un matrimonio existente, quedaban los antiguos cónyuges en actitud de contraer otra unión. Pero estas segun-

das nupcias no eran vistas con buenos ojos, principalmente en el antiguo derecho. Era sobre todo en aquella época hacer de una mujer un alto elogio decir que no había tenido sino un sólo marido, y no había mejor epitafio para su tumba que la expresión: *univera.* Después que sobrevino la corrupción de las costumbres y que se generalizó el divorcio, llegó a darse el caso de una mujer que se había casado, después de una serie consecutiva de divorcios, veinte y tres veces, y por cierto, que el último marido que le tocó se había divorciado, a su vez, veinte y tres veces. Valga en este punto el testimonio de San Jerónimo. Pero debemos de abstenernos de atribuir sólo a la obra de la corrupción de las costumbres la tolerancia con que en el curso de la evolución del derecho romano se vieron luego las ulteriores nupcias. Fué ello en gran parte debido, a la influencia social que tuvieron las leyes *Julia* y *Papia Poppea,* que veían a las viudas, que no contraían segundas nupcias, con la misma hostilidad con que veían y castigaban el egoismo de los solteros en general. De modo que es preciso llegar hasta la época en que el Cristianismo influyó grandemente sobre el Derecho Romano, para encontrarnos con las leyes que reaccionaran, a su vez, contra las que a todo trance habían considerado las segundas nupcias como convenientes al Estado y a la mo-

ralidad de Roma. La reacción se debió al propósito de proteger a los hijos de un primer matrimonio contra la hostilidad que, generalmente, ponía en juego contra ellos el segundo cónyuge. Y de aquí que para poner a cubierto a los menores, en la generalidad de los casos, del egoísmo de madrastras y padrastros, el binubo, que así se llamaba al viudo que contraía segundas nupcias, perdiera, en beneficio de los hijos de un matrimonio anterior, los *lucra nuptialia,* que eran los bienes que había adquirido de la madre de aquéllos, no reconociéndosele en esos bienes sino el usufructo. Se le prohibía, legalmente, además, que diera al nuevo cónyuge más de lo que le correspondería en su herencia al menos favorecido de los hijos de un primer lecho; y si había recibido algún legado con el encargo de conservarlo hasta que le tocara restituirlo a alguno de los hijos de un primer matrimonio, se le obligaba a prestar fianza para asegurar la restitución del legado, derogándose, por lo tanto, la disposición legal anterior que lo eximía de prestar dicha caución. En cuanto a la binuba, que por el antiguo derecho quedaba tutora de los hijos de un matrimonio anterior, perdía dicha tutela bajo el derecho de los Emperadores Cristianos, y si se negaba a promover las diligencias consiguientes para el nombramiento de este nuevo tutor, la Ley llegaba hasta

castigar esta rebeldía arrebatándole el derecho de revocar, por causa de ingratitud, las donaciones que con anterioridad hubiese hecho a uno cualquiera de los hijos provenientes de su anterior matrimonio. Llegó a más todavía la influencia de estas leyes protectoras de los huérfanos de padre, y de aquí que la madre que contraía segundas nupcias, tenía sólo el usufructo de su parte hereditaria, cuando concurría, en unión de sus hijos de un matrimonio anterior, a la herencia *ab-intestato,* siendo por lo tanto la nuda propiedad de dicha parte del dominio exclusivo de dichos hijos.

Del concepto altísimo que a los romanos mereció la institución del matrimonio, no debemos concluir que se la consideró de una naturaleza perpetua, no susceptible de disolución a presencia de motivos legales y fundados. Y así nos encontramos con que, independientemente de la disolución del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, que era un motivo ajeno a la voluntad de aquéllos, en el antiguo derecho la disolución sobrevenía:

1º—Por la *capitis deminutio* máxima y media de uno de los cónyuges, toda vez que el matrimonio suprimía la cualidad de ciudadanos en ambos contrayentes; y más tarde, por la primera, de dichas causales, después que el derecho civil y el de gentes se fun-

dieron, siendo de advertir, que el *jus postliminii* no hacía renacer de pleno derecho el vínculo matrimonial, sino cuando así lo querían ambos cónyuges;

2º—Cuando durante el matrimonio sobrevenía un impedimento que hacía imposible legalmente la continuación del matrimonio, como sucedía, por ejemplo, cuando el padre de uno de los cónyuges adoptaba al otro, de donde resultaba en Roma que para impedir las consecuencias de tal adopción, el adoptante comenzara por emancipar a su propio hijo, rompiendo, por lo tanto, el vínculo jurídico que lo unía a éste. Disolvíase también el matrimonio, por el sobrevenimiento de la causa apuntada, cuando en el curso del matrimonio, una diferencia de condición social en los casados hacía imposible la continuación legal de la unión, como era el caso que ocurría cuando el marido de una comedianta alcanzaba y se elevaba al rango de Senador;

3º—Disolvíase, por último, el matrimonio por el divorcio, que era un acto resultante de la voluntad de los cónyuges. Los romanos se valían de la expresión *divortium,* y también de la palabra *discidium,* para expresar que el acto de la disolución era la obra de la voluntad de uno de ellos, solamente. Pero lo que sí debemos dejar sentado, como un principio cierto, es que en Roma la institución del divorcio fué

tan antigua como la del matrimonio mismo, y que ha habido autores que le hayan atribuido a Rómulo la primera ley sobre aquél. Sea de ello lo que fuere, dada la imposibilidad de fijar ciertamente tal aserción, lo averiguado es que en las costumbres primitivas del pueblo romano estaba la facultad del *pater familias* de disolver el matrimonio por motivo del adulterio de la mujer, entre otras causales, y la entrega de parte de los bienes de aquélla al templo de Ceres, cuya diosa se tenía por la protectora del matrimonio. Absoluta e ilimitada debió ser esta facultad en los primeros tiempos, en que era omnímoda, como lo hemos visto, la facultad del jefe de familia; pero a poco andar, la Ley de los Decenviros exigió el *juditium domesticum,* o sea el *foras mulier,* que era el lanzamiento ignominioso de la mujer culpada de la casa del marido. Es también del todo explicable, que siendo regla fundamental del derecho romano la de que las cosas no podían legalmente deshacerse sino por medio de ceremonias contrarias a las que se exigían para crearlas, aún cuando el matrimonio por *confarreatio* era en principio indisoluble, se admitiera con el tiempo que podía disolvérselo por medio de las fórmulas de la *diffarreatio,* que consistían, sencillamente, en una ceremonia solemne en presencia de los testigos y del Pontífice que habían presenciado la

unión, y la cual tenía por efecto disolver los vínculos que ésta había creado. En los matrimonios por *coemptio,* el divorcio se hacía por medio de una remancipación o reventa de la mujer, en que se fingía una venta de la mujer hecha por el marido a la misma persona de quien la había adquirido por medio de las formalidades de la mancipación. Era, solamente en las uniones libres, en las que el divorcio no estaba sujeto a ninguna formalidad, del mismo modo que no lo estaba la unión a que él le ponía término. La fuerza de las primitivas costumbres de los romanos hizo que fueran rarísimos en Roma los divorcios. Generalmente, cuando los casados tenían algún desacuerdo, se encaminaban juntos al templo de la diosa Viriplaca, en el Palatino; allí ambos explicaban su conducta, y generalmente regresaban reconciliados. Requeríase que un gran motivo hiciese justificable la ruptura del vínculo y la separación definitiva de los cónyuges, y así se explica que Spurio Carvilino, llamado Ruga, se atrajese la indignación popular cuando, rompiendo lo que había sido una tradición secular en Roma, se atreviera a repudiar a su mujer, no por virtud de una causa que estuviera en la ley, sino por motivo de esterilidad. Fué más tarde, después de la segunda guerra púnica, en que el poderío y las riquezas de Roma crecieron considerablemente,

y sobrevino la corrupción de las costumbres, cuando se hicieron cada día más frecuentes los divorcios, y cuando era raro encontrar una mujer que hubiera sido *univira.* No fué, pues, que el principio de libertad del divorcio que, todavía en pleno derecho bizantino reconvenía enérgicamente la Novela 22 de Justiniano, no hubiera existido desde los más remotos tiempos del derecho romano, sino que la opinión pública y la fuerza de las costumbres primitivas, como queda sentado, servían de contrapeso para que de esa libertad se hiciese el uso juicioso y moderado que la defensa social misma imponía. De aquí, pues, que cuando entramos en el derecho imperial nos encontremos con que Marco Aurelio y Antonino el Piadoso, ordenaran que el *pater familias* no podía por sí solo disolver un matrimonio, sin que interviniera el consentimiento del cónyuge que estaba en potestad, y además un grave motivo legal para hacerlo: *nisi magna et justa causa interveniente.* De aquí también, que la Lex *Julia de adulteriis,* restringiera la libertad de divorciar, prescribiéndolo la fórmula de denunciar el matrimonio en presencia de siete testigos: *repudicum mittere,* y que Dioclesiano llegase, años más tarde, a exigir, como lo hizo, un acto escrito: el *repudii libellus.* De aquí, por último, las penas civiles en que incurrían los que hacían uso del divorcio sin una causa

legal, sin un motivo plausible que desde los tiempos de la República, hasta los últimos del derecho romano, mantuvo la distinción del divorcio *cum poena* y del divorcio *sine poena*. Por lo demás, los efectos del divorcio eran sencillos: el matrimonio quedaba disuelto y los cónyuges recobraban su completa libertad personal para contraer otra unión, salvo para la mujer la obligación de impedir la *turbatio sanguinis*. En cuanto a los hijos, quedaban al cuidado del cónyuge inocente, y casos había en que podía llegarse hasta darles un tutor. (1)

---

(1) El artículo 188 del Código Civil Venezolano estatuye que todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, o por el divorcio declarado en sentencia firme.

El divorcio a que se refiere el citado artículo, es el que disuelve el vínculo matrimonial, porque también el mismo Código reconoce la simple separación de cuerpos, que lo que hace es suspender la vida común de los casados, (artículo 195, mismo Código). Tanto el divorcio *quod ad vinculum* como esta separación de cuerpos que llama divorcio *quod ad thorum* la doctrina, no pueden obtenerse si no han existido causas determinadas que el legislador ha establecido, y que son las mismas para ambos casos. Dichas causales son:

1º—El adulterio de la mujer, en todo caso, y el del marido, cuando mantiene concubina en su casa o notoriamente en otro lugar, o si hay un concurso de circunstancias tales que el hecho constituya una injuria grave hacia la mujer.

2º—El abandono voluntario.

3º—Los excesos, sevicia o injuria grave que hagan imposible la vida común.

4º—La propuesta del marido para prostituir a la mujer.

5º—El conato del marido o de la mujer para corromper o prostituir a sus hijos o hijas, y la connivencia en la corrupción o prostitución de éstos.

6º—La condenación a presidio.

Desde luego que declarado el divorcio por sentencia firme, los cónyuges podrán contraer libremente nuevas nupcias, observándose respecto de la mujer el plazo que evita la *turbatio sanguinis*. Pero cuando el divorcio ha sido declarado por caso de adulterio, el cónyuge culpado no podría contraer nuevas nupcias en el lapso de

cinco años a partir de la sentencia, a menos que las contraiga con su anterior cónyuge, (artículos 190 y 191, Código citado).

Respecto de los hijos, tanto en el caso de divorcio como en el de separación de cuerpos, quedarán al cargo del cónyuge que no haya dado causa al divorcio o a la separación de cuerpos, quien ejercerá la patria potestad. Si la causa fuere común a ambos, el Tribunal determinará en la sentencia cuál de ellos debe ejercer la patria potestad, y quién ha de subvenir a la educación e instrucción de los hijos, sin que por esto el otro cónyuge quede exonerado de sus deberes para con los mismos hijos, si fuere necesario. Los menores de tres años se mantendrán hasta que cumplan esta edad al cuidado de la madre, si el Tribunal, por motivos graves, no dispusiese otra cosa. Por dichos mismos motivos el Juez puede ordenar que los hijos sean colocados en un establecimiento de educación o confiados a tercera persona, y hasta llegar a la apertura de la tutela, según las circunstancias, (artículo 193, Código citado). Desde luego que los padres, aun en los casos de estar confiados los hijos a terceras personas, conservarán el derecho de vigilar su educación, (artículo 194, mismo Código).

La separación de cuerpos sólo suspende la vida común de los casados, como antes dijimos, pero si transcurren cinco años después de declarada, sin que haya habido reconciliación de los cónyuges, cualquiera de éstos podría pedir que se convierta en divorcio, y el Tribunal lo declarará así, procediendo sumariamente, con audiencia del otro cónyuge y con vista del juicio anterior, (artículo 199, Código citado).

Nota.—Pueden consultarse, preferentemente, las obras que fueron citadas en el capítulo anterior.

CAPITULO VIII

ADOPCION Y LEGITIMACION

Arrogación y legitimación propiamente dicha.—Personas que podían hacerlas.—Efectos.—Legitimación en el derecho romano.—Oblación a la Curia. Rescripto del Príncipe.—Legitimación por testamento.—Efectos

ADOPCIÓN

La adopción era, en Roma, uno de los modos de adquirir la patria potestad sobre el hijo de otro, creándose, artificialmente, entre el adoptante y el adoptado, las mismas relaciones civiles que creaban las *justae nuptiae* entre padres e hijos. Los romanos, que no tenían sucesión, acudían a este medio artificial, que imitaba la naturaleza, y por el cual podían perpetuar su nombre, su familia y su culto. La institución, pues, obedecía a dos órdenes de intereses: el uno político, el otro religioso. Por medio de la adopción, el hijo adoptivo se encargaba de seguir tributándoles a los dioses

lares del padre adoptante el culto que la muerte de éste hubiera extinguido de no tener un hijo que perpetuara aquel culto. Era, además, en Roma, la adopción un medio que permitía alcanzar ciertas Magistraturas, dando aptitud para ser Cónsul, Pretor o Tribuno. A estas causas debe agregarse el beneficio de las leyes caducarias de que podía aprovecharse el adoptante; y por último, el haber sido la adopción, en el derecho romano, el medio que tenía el padre de legitimar al hijo natural antes de que la legislación del Bajo Imperio hubiera llegado a crear la legitimación.

Había dos clases de adopción en el derecho romano: la arrogación y la adopción propiamente. Empleábase la primera cuando se quería adquirir la patria potestad sobre un *sui juris:* la segunda, cuando el adoptado era un *alieni juris.*

La arrogación o adrogación era, desde luego, la más importante, porque para que pudiera un *sui juris* ser arrogado, que era pasar bajo la patria potestad del arrogador, se requería que su condición de jefe de familia desapareciera, para confundirse o fundirse en la familia del arrogador; que su poder se extinguiera para que sólo prevaleciera el del arrogador; que la condición de *sui juris* terminara para pasar a la de *alieni juris;* que sus bienes, de los que él podía disponer li-

bremente en virtud del dominio quiritario que tenía sobre ellos, pasasen a ser parte del patrimonio del arrogador; que su nombre, inscrito en las listas del Censo como un *pater familias,* desapareciese para ser inscrito en ellas en calidad de hijo de familia; y que la religión de su familia, que era el culto de sus penates, desapareciese también, para participar solamente de la religión del arrogador. En el lenguaje del derecho romano era preciso, en una palabra, que el arrogado sufriera lo que él llamaba una disminución de cabeza: una *capitis deminutio.* De aquí, pues, que ante todo este conjunto de consecuencias graves, la arrogación, en los primeros tiempos del derecho romano, no pudiera efectuarse sino por medio de una Ley que votaban los Comicios, previa aprobación del proyecto por parte del Colegio de los Pontífices. Examinaban éstos los fines que se proponía alcanzar el arrogante por medio de la arrogación, que podía ocultar un menosprecio al culto del arrogado, o una peligrosa especulación en el fondo. Si estos peligros no se realizaban en el caso concreto, los Pontífices, entonces, le daban su aprobación al proyecto, siempre, además, que el arrogador fuera mayor de sesenta años, y que no tuviera hijos naturales, y que el arrogado tuviera a lo menos diez y ocho años, pues la arrogación y la adopción no hacían sino imitar la

naturaleza, como hemos expuesto. Presumía el derecho romano que después de los sesenta años el hombre no podía tener sucesión, y de aquí la edad que exigíase en el arrogador. Por lo que hace a la intervención de los Comicios, para darle su aprobación al proyecto de arrogación, se explica también lógicamente en aquellos tiempos, porque eran cuestiones de orden público las que se debatían: la desaparición de un *pater familias* y la nueva condición de la familia que se formaba, patricia o plebeya, pues es sabido que a veces era un plebeyo quien adoptaba a un patricio, como pasó en el caso célebre de Clodio y Fonteyo que Cicerón combatió ante el Colegio de los Pontífices. [1]

El pueblo, pues, intervenía en este acto solemne de la arrogación, y se interrogaba al arrogador si quería arrogar, y al arrogado si consentía en la arrogación. Después los Comicios, tal como si se tratara de una ley cualquiera, emitían su dictamen y la arrogación era aprobada o negada. Desde luego que arrogante y arrogado debían tener el derecho de asistir a los Comicios, y de aquí, que ni la mujer ni el impúbero podían ser arrogados. Más tarde, cuando la reunión de estas Asambleas del pueblo se fué haciendo molesta y difícil, se acudió a una simple formalidad

(1) Véase Accarias, obra citada, Tomo I.

simbólica, y entonces la arrogación se hacía ante treinta Lictores que representaban las Curias. Fué lógico también, que cuando desapareció la influencia del pueblo, y toda la autoridad se concentró en el Príncipe, fuera éste el órgano legal para una arrogación. Los interesados le dirigían al Emperador la solicitud del caso, que él examinaba, y si la encontraba conforme y quería consentir en ella, expresaba su consentimiento por medio de un Rescripto. Otra modificación, lógica también, había sido una consecuencia del cambio de las cosas en Roma, porque si las mujeres no podían ser arrogadas porque no podían formar parte de los Comicios, desaparecidos éstos, dejaba de existir aquel motivo, y de aquí que bajo Justiniano pudieran ser arrogadas las mujeres.

Respecto de la arrogación del impúbero presentábanse dificultades legales que algunas Constituciones Imperiales fueron resolviendo. En efecto, el impúbero era *sui juris,* pero estaba en tutela, y por consiguiente, no podía prestar, válidamente, su consentimiento a una arrogación. De aquí, pues, que una Constitución de Antonino el Piadoso hubiera ordenado que para que fuera válida la arrogación del impúbero, se exigía que intervinieran en ella, no sólo el tutor y los próximos parientes del arrogado, sino que el Magistrado examinara una serie de circunstancias

que debían conducirlo a descubrir los motivos de la arrogación. El Pretor, pues, examinaba la conducta y el patrimonio del arrogante, y principal y señaladamente, la del arrogado, y si resultaba que no había habido ningún interés de codicia por parte del arrogador, sino una ventaja para el arrogado, admitía entonces la solicitud, y acordaba la arrogación. Disponía, además, la referida Constitución que en ningún caso podía el arrogante hacer suyo los bienes del arrogado, de modo que si éste moría, los bienes pasaban a los herederos del impúbero. Podía suceder que el arrogador emancipara al arrogado, y en este caso, debía devolverle sus bienes. Así pasaba cuando la emancipación tenía una justa causa; pero si se la hacía sin justa causa, entonces no sólo debía devolverle sus bienes al impúbero, sino que tenía que darle, además, una cuarta parte de los suyos, que por emanar de la referida Constitución, se llamaba cuarta Antonina. Era muy sabia la ley romana en este particular, porque la emancipación del adoptado podía ser la obra de un capricho, o de alguna reserva mental en el adoptante para sacar algún partido de ella, o en todo caso para frustrar las ventajas que se derivaban para el adoptado de la adopción. El Magistrado era el llamado a examinar si había habido o no un motivo justificado para la emancipación, y de aquí las obligaciones que la ley le imponía.

La adopción, propiamente, tenía por objeto recibir por hijo a un *alieni juris.* En ésta no se suprimía, como en la arrogación, una familia, y de aquí que los romanos no exigieran la intervención del pueblo para llevarla a cabo. El Pretor era quien la acordaba. Exigía, sí, la ley, que se cumpliesen ciertas condiciones para la adopción. Así, por ejemplo, el adoptante debía ser capaz para poder ejercer la patria potestad que le confería la ley sobre el adoptado, de donde resultaba que ni los esclavos, ni los que sólo eran hijos de familia, ni las mujeres, podían adoptar, porque no podían ejercer por la ley aquella potestad. Más tarde permitió Dioclesiano que las mujeres tuviesen capacidad para la adopción, pero ello sólo en los casos en que la muerte les hubiera arrebatado a sus hijos naturales. El Emperador Justiniano, definitivamente, les concedió a las mujeres la facultad de adoptar un hijo. Exigía también el derecho romano otra condición: que el adoptante no tuviera una incapacidad absoluta para tener sucesión, como pasaba con el que era castrado; pero no así con los que eran simplemente impotentes, según el texto de las Institutas. Y comoquiera que la adopción imitaba a la naturaleza, era lógico que el adoptante fuera mayor que el adoptado, y que hubiera alcanzado la pubertad plena que esta-

ba fijada en diez y ocho años por el derecho romano. [2] Cuando la adopción colocaba al adoptado en calidad de nieto, entonces el adoptante debía tener, por lo menos, treinta y seis años más que el adoptado, porque se contaban diez y ocho años por cada generación. En los primeros tiempos era raro que el Magistrado consintiese en la adopción, si el adoptante tenía menos de sesenta años, que era la regla que se seguía en los casos de la arrogación, como lo hemos visto. No dejó de controvertirse, en el curso del derecho romano, el principio de que el adoptante debía ser mayor que el adoptado, y hasta casos se dieron en que pasaba lo contrario. Pero desde el tercer siglo prevaleció la regla que queda sentada [3] Otra condición más se exigía, y, era que el adoptado no debía ser hijo, por la naturaleza, del adoptante. [4] No fué así en los primeros tiempos del derecho, ni hasta la época del derecho Bizantino en los tiempos de Constantino, en que este Emperador creó la legitimación, como antes lo dijimos, porque entonces la adopción era un medio de alcanzar los mismos fines; pero creada la legitimación se prefirió, justificadamente, estimular, más bien, el subsiguiente matrimonio de los padres que el per-

---

(2) Artículo 267, Código Civil citado. Cuando el adoptante es hembra se requieren sólo quince años más que el adoptado.

(3) El artículo antes citado exige 40 años en el adoptante.

(4) Artículo 271, Código citado.

mitirles la adopción del hijo. Lo mismo era cuando se trataba de hijos incestuosos. Había otra condición más, por último, y era que por lo mismo que la adopción imitaba la naturaleza, como tantas veces se ha dicho, no podía ser condicional. [5]

No estuvo la adopción sometida a las mismas formalidades en las distintas épocas del derecho romano. [6] En los primeros tiempos no existía ninguna fórmula preestablecida en la ley, y de aquí que los jurisconsultos hubieran ocurrido a un medio verdaderamente ingenioso. Las Leyes de las XII Tablas, como lo hemos visto, sentaban el principio de que si el padre vendía al hijo por tres veces consecutivas, salía éste de la patria potestad. Esta disposición había permitido que se la practicase como el medio más fácil para emancipar al hijo, que no era sino hacerlo *sui juris,* y de aquí, que se le empleara, también, para los fines de la adopción. Dos requisitos debían llenarse: el primero, hacer salir al *alieni juris* de la patria potestad de su padre natural, lo que quedaba alcanzado por este medio de las tres ventas sucesivas, que el padre natural fingía hacer; el segundo, que el hijo, ya *sui juris,* entrara a formar parte de la familia del adoptante, lo que se alcanzaba, muy fácilmente tam-

(5) Artículo 267, ya citado, último aparte.

(6) Para el estudio de las diferentes épocas del derecho romano consúltese Ortolán: "Historia de la Legislación Romana".

bién, por medio de lo que los romanos llamaban la *in jure cessio,* que era, en el fondo, una adjudicación hecha por el Pretor en un proceso de reivindicación que se fingía ante aquel Magistrado. En efecto, ya emancipado el hijo, se presentaba el presunto adoptante ante el Pretor reclamando al emancipado como su hijo, a lo cual no se oponía el padre emancipador, que concurría, necesariamente, al acto, y entonces, en vista de que las partes estaban de acuerdo en lo que se reclamaba, el Pretor declaraba en su decisión que el hijo le pertenecía al demandante, que era el adoptante. Como se ve, pues, en este procedimiento, la voluntad del hijo no se tomaba en cuenta, porque el Pretor presumía que habiendo consentido el padre en la adopción era porque le convenía al hijo. En la época de Justiniano se simplificó el procedimiento de la adopción, porque bastaba que el adoptante, el padre natural del adoptado y éste, se presentasen ante el Magistrado, y que tomado el consentimiento para la adopción a los dos primeros, no se opusiese el último. [7]

Los efectos que producía la adopción eran los mismos que cuando se trataba de la arrogación, pero

(7) En el derecho venezolano si el adoptado es mayor de 12 años, debe expresar su consentimiento. Cuando no sea mayor de 21 años, deben también prestarlo las personas que debían darlo en caso de matrimonio. Artículo 273, Código citado.

quedaban limitados al adoptado sin extenderse a la familia de éste, como si pasaba con la arrogación. [8] Lógica y jurídicamente, el adoptado perdía sus nexos de agnación en la familia de su padre natural, adquiriendo esos mismos nexos en la familia del adoptante. No dejaba esta situación legal de tener sus peligros para el adoptado, porque si llegaba a salir de la familia del adoptante, se encontraba sin ninguna, y, por consiguiente, sin ningún derecho hereditario. Justiniano quiso remediar este inconveniente, y lo logró disponiendo, que cuando era un ascendiente el que adoptaba, en cuyo caso la adopción se llamaba plena, la adopción producía los efectos que había venido teniendo, pero que si era menos plena, o sea, cuando era un extraño el adoptante, entonces el adoptado quedaba bajo la patria potestad de su padre natural, y adquiría, solamente, un derecho en la herencia *ab intestato* del adoptante. [9]

LEGITIMACIÓN

La legitimación, en el derecho romano, no era sino un medio legal que tenían los padres, por medio de un subsiguiente matrimonio, de elevar a la categoría de hijos legítimos, a los que habían tenido fuera

(8) Artículo 278, Código Civil citado.

(9) Artículos 278 anteriormente citado, único aparte, y 817, Código Civil.

de *justae nuptiae.* Este medio de la legitimación no se practicó en Roma sino en la época del Emperador Constantino, como ya lo dijimos, que fué quien la creó por medio de una Constitución Imperial. En el antiguo derecho existían, solamente, la *causae probatio* y la *erroris causae probatio,* que algunos autores mencionan como medios de legitimar, anteriores a la citade Constitución de Constantino. En realidad, los dos medios apuntados no se referían a los hijos que nacían fuera de matrimonio propiamente dichos, sino a aquellos que habían nacido de matrimonio sin *connubium.* Era el caso de la romana que se casaba con un Latino, si de este matrimonio había nacido un hijo que hubiera vivido un año. En este caso, comprobado el hecho ante el Pretor, se le acordaba al Latino la ciudadanía romana y se le daba la patria potestad sobre el hijo. La *erroris causa probatio* era cuando un ciudadano romano se había casado con una Latina o con alguna peregrina creyéndola de su clase. Sucedía entonces que el hijo que nacía de esta unión no estaba sometido a la patria potestad del padre. Un Senado-Consulto resolvió este problema, dándole derecho al padre de presentarse ante el Magistrado y comprobar su error, de lo que resultaba que si así había sido, el Pretor le daba la ciudadanía a la madre y al hijo, y el matrimonio quedaba elevado a la cate-

goría de justas nupcias, que conferían, como sabemos, la patria potestad sobre el hijo.

La Constitución de Constantino fué, pues, la que creó la legitimación; pero tuvo el inconveniente de que no tenía un carácter de institución permanente, sino de medida transitoria o de ensayo para disminuir los concubinatos. Fué por esto por lo que el Emperador Justiniano suprimió dicho inconveniente, dándole a la institución un carácter permanente y de orden general. Desde luego que no todo padre tenía en el derecho romano la facultad de legitimar a sus hijos: la ley exigía que fuera ciudadano para que pudiera tener el ejercicio de la patria potestad, y con respecto a los hijos que podían ser legitimados, el beneficio de la Constitución de Constantino no alcanzaba sino a los nacidos de un concubinato, que eran los llamados hijos naturales, y no a los adulterinos, ni a los incestuosos, ni a los llamados *spurii* o *vulgo quesitae.* Adulterino era el hijo que nacía de la unión de una mujer casada y de un hombre que no fuera su marido: incestuosos eran aquellos que nacían de uniones prohibidas por la ley a causa de un impedimento que por su naturaleza no era dispensable. Los espurios eran los que nacían de cualquiera otra unión ilegítima. Veníales el nombre de la costumbre de designarlos con las letras S. P. que significaba *sine patri,*

y comoquiera que el nombre propio *Spurio* se escribía abreviándolo Sp, resultó que los que no tenían padre terminaron porque se los llamara espurios.

Dos formas había de hacer la legitimación en el derecho romano, con anterioridad a la legislación de Justiniano, que eran: el subsiguiente matrimonio, [10] y la oblación a la Curia. Varios requisitos establecía la ley para que pudiera realizarse la legitimación por el empleo del primer medio; y así debía darse que el matrimonio, del cual habían nacido los hijos que se quería legitimar, hubiera sido permitido por la ley en la época de la concepción de los hijos. Requeríase también que quedara constancia del matrimonio por medio de un documento dotal, *(instrumentum dotalis)*; y por último, que los hijos consintiesen en la legitimación o que al menos no se opusieran a ella. El segundo medio de legitimación, que era la oblación a la Curia, fué ingeniosamente descubierto para reanimar la vida de un cuerpo que tendía a extinguirse, porque como sus miembros respondían personalmente de las contribuciones que debían pagarse a los Municipios, y tenían que hacerlo casi siempre con el sacrificio de sus propios bienes, ya nadie quería, en Roma, ser Curial. El referido medio de legitimación fué practicado en la época del Bajo Imperio, en el

(10) Artículo 248, Código Civil citado.

año 443 en que el *Ordo* que existía en la época clásica en los Municipios, en las Colonias y en las Prefecturas, se había convertido en una especie de Concejo Municipal, que la legislación de la época denominaba Curia. Estos Concejos o Asambleas Municipales estaban extendidos por todas las ciudades y por las capitales de lo que pudieramos llamar hoy Distritos, y por lo mismo que constituía un honor ser miembro de ellos, se había creado una verdadera nobleza entre sus miembros. Honores, sí, que estaban compensados por fuertes erogaciones pecuniarias, porque aun cuando las Curias administraban los bienes de las ciudades y estaban encargadas de recaudar los impuestos territoriales y las capitaciones o impuesto personal que debían pagar los ciudadanos, el caso era que a las Curias les correspondía también promover y sufragar los gastos de los espectáculos públicos que se ofrecían al pueblo romano, y cuando el Emperador obtenía alguna victoria, debían ofrecerle una corona de oro, y más tarde un impuesto en su favor, a lo que había que agregar, como ya lo hicimos observar, que la insolvencia de los contribuyentes gravitaba sobre ellas. El miembro de la Curia se llamaba Decurión, y los Emperadores empezaron por decretar que el cargo era hereditario y que pasaría de padres a hijos, pero ésto era respecto de los que habían na-

cido de justas nupcias. Cuando moría, pues, un Decurión sin sucesión legítima y sólo dejaba hijos naturales, quedaba vacante su puésto en la Curia, y de aquí que los Emperadores Teodosio el Joven y Valentiniano III hubieran pensado y ordenado que por la oblación del hijo natural a la Curia quedaría alcanzada la legitimación. El derecho a legitimar por este medio no dejaba de tener sus restricciones antes de la época de Justiniano, porque el legitimante no debía tener hijos legítimos, y debía darle al hijo natural cierta cantidad de tierras, a todo lo cual se agregaba el que el hijo debía prestar su consentimiento. Justiniano extendió la órbita de aplicación de esta forma de legitimación, y dispuso que, si moría el padre natural sin sucesión legítima, el hijo natural podía ofrecerse a la Curia, y quedaba legitimado.

Esta legitimación por oblación a la Curia, le confería al padre la patria potestad sobre el hijo, y éste tenía, naturalmente, su carácter de heredero suyo en la sucesión del padre, sin que ésto quiera decir que las relaciones jurídicas que sólo existían entre ellos fueran extendidas a los agnados y a los cognados del padre. El hijo, así legitimado, recogía la herencia del padre, pero no era heredero de los demás miembros de la familia de éste. En el mismo derecho de Justiniano, y en la época de las Novelas, podía darse

el caso de que hubiera una oblación a la Curia en el caso de tener hijos legítimos el padre que lo hacía, y entonces el padre en su testamento estaba obligado a no colocar al hijo natural en una situación mejor que la que le daba al menos favorecido de sus hijos legítimos. [11] De aquí que los Emperadores hubieran dispuesto que los hijos naturales quedarían legitimados si sus padres los ofrecían a la Curia, y cuando eran hijas, si contraían matrimonio con algún Curial, en cuyo caso los Curiales heredaban los patrimonios de los legitimantes. Dos innovaciones fueron introducidas por la legislación de Justiniano en punto de legitimación, que fueron admitir que ésta podía hacerse por medio de un Rescripto Imperial, o bien por testamento. El primer medio era muy útil sobre todo cuando el subsiguiente matrimonio de los padres no podía verificarse por haber muerto la madre, por ejemplo. En este caso acudía el padre al Emperador, y éste, por medio del referido Rescripto, declaraba al hijo legitimado. Respecto del testamento, bastaba que el *de cujus* hubiera expresado su voluntad en derecho, y que los hijos presentaran el testamento ante el Pretor, para que éste decretara la legitimación. [*]

---

(11) Pueden consultarse: Accarias, obra citada, Tomo I, y Sumario de las Explicaciones del Profesor de Derecho Romano en la Universidad Central de Madrid, por J. M. C. Tomo II.

(*) En la legislación venezolana, la legitimación le confiere al hijo natural la condición jurídica del hijo legítimo, y sólo puede hacerse por el subsiguiente matrimonio de los padres del

hijo natural, sin que obste a ello la circunstancia de que, en el momento de la concepción, no hubiere podido celebrarse dicho matrimonio por estar ligados el padre o la madre por otro vínculo matrimonial. Es de advertir que la ley ordena, (artículo 233, Código Civil), que en ningún caso puede hacerse válidamente el reconocimiento del hijo natural, si en uno de los padres existía al tiempo de la concepción del hijo, algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio, por lo cual, en el caso de la legitimación, la misma ley dispone que dicho artículo 233 no se aplique a ella. Una sabia previsión contiene la ley en examen al referirse al punto de la legitimación por subsiguiente matrimonio, y es que en el caso del matrimonio de alguna persona viuda o divorciada, la legitimación no podrá hacerse nunca para cambiar la condición de hijo legítimo que por la ley tenga el de su anterior matrimonio, (artículo 248 citado, apartes primero, segundo y tercero). Establece la ley que puede verificarse la legitimación de hijos muertos, en favor de sus descendientes, y que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio adquieren los derechos de hijos legítimos desde el día del matrimonio, si han sido reconocidos por ambos cónyuges en el acto del matrimonio, o con anterioridad a éste, o desde el día del reconocimiento, si se ha verificado con posterioridad al matrimonio, (artículos 249 y 250, Código citado).

La legitimación también puede declararse, a petición del padre, por decisión de la Corte Suprema y no podrá hacerse bajo condición o a término. En tal caso, la petición del padre deberá contener la manifestación de que reconoce al hijo como suyo, sin que se le admita a quien tenga hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, o descendientes legítimos de unos u otros. Para la declaratoria de legitimación del hijo se exigirá el consentimiento de la madre, en todos los casos, y si ésta se hallase casada, el de su cónyuge. También se exigirá el consentimiento del representante legal del hijo que no estuviere bajo la potestad de su madre, cuando él fuese menor de edad o estuviese entredicho, y ello, previa autorización del Juez de Primera Instancia, y el consentimiento del hijo mismo, cuando fuese mayor de catorce años: (artículos 251, 252, 253 y 254 del Código citado). La ley prescribe que si el padre que pretende hacer la declaratoria de legitimación estuviere casado, deberá obtener el consentimiento de su cónyuge, y si éste estuviera entredicho y fuere el mismo marido su tutor, pues debe nombrársele a la mujer un curador *ad hoc*. En este caso de legitimación por decreto de las Cortes Supremas, se aplica lo dispuesto por el artículo 233, anteriormente mencionado: (artículos 255 y 258, Código citado). Después de muerto el hijo no podrá hacerse la declaratoria de legitimación de referencia; pero no así cuando es la muerte del padre la que sobreviene después de haber sido introducida la petición, o cuando ésta estuviese debidamente autorizada, aún cuando no hubiere llegado a practicársela. Por dicha declaratoria de legitimación, el hijo obtiene la condición del hijo legítimo, extendiéndose sus efectos a los descendientes del hijo y a los parientes del padre, y estableciéndose, entre la mujer de éste y el hijo legitimado por este medio, parentesco de afinidad. El cónyuge del hijo es también afin del padre, (artículos 261 y 262 del mismo Código).

CAPITULO IX

MODOS DE TERMINAR LA PATRIA POTESTAD

Terminaba en Roma la patria potestad: primero, por la muerte del *pater familias;* segundo, cuando éste perdía la ciudadanía; tercero, cuando perdía la libertad; cuarto, cuando el hijo adquiría ciertas dignidades. Sabemos que la patria potestad en Roma estaba ejercida por el ascendiente más antiguo, de manera que a ella estaban sometidos, en primer término, los hijos del abuelo, y luego sus nietos y demás descendientes. Cuando moría el abuelo, sus hijos se hacían *sui juris,* pero los nietos y demás descendientes no, porque todos ellos quedaban sometidos a la patria potestad del varón a quien le había tocado asumir la jefatura de la familia. Había un caso en que los nietos se hacían también *sui juris,* y era cuando su padre natural había muerto, porque de haber estado vivo, hubieran quedado bajo la patria potestad de éste. A estos hijos y nietos, a quienes la muerte del *pater fa-*

milias hacía salir de la patria potestad, los llamaba herederos suyos el derecho romano, con lo que se daba a entender que, constituyendo la familia romana la unidad de que hemos hablado, en realidad estos herederos tomaban, en dicha oportunidad, una cosa que era de ellos, aun cuando sólo en parte: propiamente una cosa que era suya. Respecto a la segunda causal que le ponía término a la patria potestad, o sea, la pérdida de la ciudadanía, era algunas veces la resultante de la aplicación de alguna pena contra el *pater familias,* como pasaba, cuando por causa de algún delito político, se lo condenaba a la deportación, privándoselo del agua y del fuego. Obedecía esta medida a que como según el derecho público de los romanos a ningún ciudadano se le podía arrebatar su derecho de ciudadanía sin que mediase su voluntad, el privársele del agua y del fuego era un medio indirecto de hacerlo abandonar la ciudad. Es muy posible que más tarde llegara a darse por pura fórmula el decreto de esta prohibición, pues sabiendo de antemano el procesado que a ese fín se llegaría al ser condenado, cuando veía que era inevitable la condenatoria, era lógico que se preparara a dejar antes la ciudad.

Otras veces no era de una sentencia de donde emanaba la pérdida de la ciudadanía para un roma-

no, sino de un acto que él voluntariamente ejecutaba trasladando su domicilio a otra ciudad o inscribiéndose en ella como ciudadano, como pasaba a los que emigraban a alguna colonia latina. Otras veces era la expatriación de donde emanaba la pérdida de la ciudadanía. Al principio no se le señalaba al que era objeto de una de estas medidas el lugar donde debía residir; pero Augusto inició la práctica de designarlo, convirtiendo la pena en lo que hoy se llama confinamiento, con lo cual se propuso el Emperador alcanzar que los exilados no se reuniesen en un primer puerto para conspirar con más facilidad contra su poder. Debe observarse en este punto que había en Roma la pena de la relegación, que no tenía el carácter que sí tenía la de destierro, porque era una simple medida gubernativa, que no le arrebataba al romano sus derechos de ciudadanía.

La tercera causal era el cautiverio. Ya sabemos que Roma practicaba el prinicipio de que el prisionero de guerra podía ser reducido a la esclavitud. Este principio se les aplicaba a los romanos también; pero si estos escapaban del cautiverio y regresaban a Roma, entonces por virtud de lo que la ley romana llamaba derecho de *postliminium,* recobraban el pleno goce de sus derechos civiles entre los que entraba, desde luego, la patria potestad. El derecho de postliminio no

era otra cosa que una ficción legal por la cual se fingía que el ciudadano romano no había dejado de ser ciudadano, y por la cual, sin necesidad de una ley o de algún decreto especial que lo declarase reintegrado en el goce de todos los derechos que había perdido por el cautiverio, se lo consideraba investido de todos ellos con el simple hecho de regresar a Roma. Otra ficción más importante aún creó el derecho romano relacionada con estos derechos de postliminio, y fué la de la ley Cornelia, la cual queriendo evitar que el cautivo romano, que había hecho un testamento, muriese intestado, fingía que había muerto el testador en el momento mismo de caer prisionero, y consideraba válidas sus últimas voluntades. Era difícil decidir la situación legal de los hijos del cautivo, que antes del cautiverio estaban en la patria potestad y que dejaban de estarlo por haber perdido su libertad el *pater familias,* pero que pudiera ser que regresara, y entonces recobraban su anterior estado. Pero el derecho romano regló esta cuestión con acuerdo a la lógica, y así pasaba que si el *pater* volvía, se presumía que sus hijos no habían salido nunca de la patria potestad, y si moría en el cautiverio, que los hijos eran *sui juris,* desde que aquél había comenzado.

La última causal se verificaba cuando el hijo alcanzaba una dignidad importante, como pasaba, en el

orden religioso, con la de Obispo, o con la de *Prefectus Urbis,* en lo civil, y así otras. En el antiguo derecho, cuando el hijo de familia era consagrado sacerdote de Júpiter, salía de la patria potestad, y lo mismo pasaba con las hijas cuando estaban destinadas al templo de Vesta.

Independientemente de las causales que quedan analizadas, y que hacían salir al hijo de la patria potestad, había otras que se referían especialmente al hijo, y que entrañaban también la pérdida de la patria potestad. Estas causales eran: la adopción, por ejemplo, antes de la época de Justiniano, como hemos visto, y la que hacía bajo aquel Emperador el ascendiente del hijo adoptivo. Otra era la de la hija de familia que estaba sometida a la patria potestad del *pater familias,* que era su familia natural, pero que al contraer un matrimonio que confería la *manus,* salía de esta patria potestad para quedar sometida a la del padre del marido. Otra causal era el cautiverio del hijo respecto de quien se aplicaba también la ficción de postliminio, de manera que si regresaba, se fingía que nunca había salido de la patria potestad, y si moría, que había salido de ella desde que aquél comenzaba. También se daba el caso de que la patria potestad cesase por haber perdido el hijo la ciudadanía, lo que se verificaba cuando sufría una condena, o

cuando con la autorización del padre iba a habitar en una colonia latina. La otra causal, y la más importante, era cuando el hijo salía de la patria potestad en virtud de la voluntad del *pater familias*, como pasaba cuando éste emancipaba al hijo.

Al hablar de la adopción hemos expuesto cómo los jurisconsultos romanos habiendo hallado en las XII Tablas el principio de que el padre que vendía por tres veces al hijo perdía la patria potestad sobre éste, idearon fingir dichas tres ventas para hacer al hijo *sui juris*, y fingir también un proceso de reivindicación en que el padre adoptante desempeñaba el papel de demandante, y el padre natural el de demandado. Pues bien, para la emancipación se acudía al mismo ingenioso expediente; pero comoquiera que al hacer la última de las ventas referidas el hijo quedaba *in mancipio* del adquiriente o comprador, lo que se hacía era insertar un pacto de fiducia en la última venta, por el cual el comprador se obligaba a revenderle el hijo a su padre, quien no podía recibirlo sino en calidad de *in mancipio*, porque la patria potestad había quedado extinguida con las tres ventas, según el texto de las XII Tablas. Ya el hijo *in mancipio*, no quedaba sino un paso que dar, que era el de devolverle el padre la libertad, quedando como patrono del hijo. Otras veces no había necesidad del citado pacto de

reventa, sino que al comprador mismo era a quien se fingía imponérsele la obligación de dar la libertad. Cuando se trataba, no ya de un hijo sino de una hija, como el texto de la citada Ley establecía tres ventas para el hijo y sólo una para la hija o el nieto, cuando se trataba de estos dos últimos, la cláusula a que hemos aludido debía insertarse en la primera y única venta, bastando, en el primer caso, que lo fuera sólo en la última. Este procedimiento, que fué el de los primeros tiempos, fué modificado bajo el imperio del Emperador Anastasio, quien ordenó que el padre emancipador debía dirigirse al Príncipe, para que éste, por medio de un Rescripto, ordenase que al emancipado se le inscribiese en la lista de los ciudadanos *sui juris*. Fué este Emperador el que preparó la emancipación para que alcanzara definitivamente su evolución bajo el reinado de Justiniano, porque no sólo fué él quien creó la referida forma de emancipación, que en recuerdo suyo se la llamó Anastasiana, sino que reformó también los principios que regían la institución, desde Constantino hasta él. En efecto, había dispuesto Constantino que la emancipación podía ser revocada por causa de ingratitud del hijo emancipado, a imitación de lo que pasaba con el liberto ingrato que se volvía contra su patrono. La Constitución de Constantino había hecho una aplicación radical del

principio, y había ordenado que la revocatoria tendría efecto retroactivo respecto de cuantas donaciones hubiera recibido de su padre el hijo emancipado, pues la revocatoria equivalía a que no hubiera salido nunca de la patria potestad, a lo cual se agregaba, que rotos los vínculos de la agnación entre el padre y el hijo, perdía éste sus derechos en la sucesión de aquél, lo cual era perfectamente lógico, partiendo de la base de que la herencia no podía pertenecer sino a los agnados. El Emperador Anastasio atemperó este rigor, y le conservó al hijo emancipado una parte de esos derechos. Además introdujo el elemento del consentimiento del hijo para la emancipación siempre que, naturalmente, no se tratara de un *infans.* [1]

Debemos decir, por último, que cuando se va vericando un cambio de opiniones en el seno de la sociedad romana respecto a los principios que habían venido rigiendo la patria potestad de los primeros tiempos, y de los cuales fueron expresión las leyes que se promulgan desde Trajano hasta Adriano y de éste hasta Alejandro Severo y Constantino, se comprende, fácilmente, que esta legislación reaccionaria llegara a suspender el derecho de patria potestad cuando

(1) En el derecho venezolano la emancipación la hacen el padre o la madre que estén en el ejercicio de la patria potestad, ante el Juez, como en la época de Justiniano, y se requiere el consentimiento del emancipado que debe haber cumplido diez y ocho años: artículos 407 y 408, Código Civil.

el ejercicio omnímodo de este poder llegaba a constituir un grave peligro para el hijo y para la sociedad. Y así pasaba, que cuando el padre prostituía a la hija, a quien por el derecho antiguo sabemos que podía matar al verla prostituida en adulterio, o cuando castigaba, cruelmente, a sus hijos, no para el mantenimiento de su autoridad, sino más bien por instintiva perversidad, o cuando el padre que le debía legalmente alimentos al hijo, lo exponía más bien a la mendicidad, en estos casos y otros más, el derecho romano privaba al *pater familias* de la patria potestad. [2] Pero Justiniano simplificó más todavía el procedimiento, disponiendo que bastaba acudir ante el Pretor, quien acordaría la emancipación, si en su concepto era justa. El padre, sin embargo, conservaba sus derechos de tutela y sucesión respecto del hijo, lo cual era sobreentendido, bajo un contrato de fiducia, al hacerse la emancipación. [3]

(2) Artículo 301, Código Civil citado, casos: 1º 2º y 3º

(3) Pueden consultarse las mismas obras citadas en el capítulo anterior.

CAPITULO X

DE LA TUTELA

Definición.—División.—Incapacidades.—Tutela testamentaria.—Tutela legítima.—Tutela dativa.—Excusas para ejercer el cargo de tutor.—Funciones del tutor.—Administración de la tutela Acciones.—Tutela de las mujeres

Los romanos definían la tutela así: "*vis ac potestas in capite libero ad tuendeum eum qui propter aetatem se defendere nequit, jure civile data ac permissa*".

Vis ac potestas querían decir un poder, una autoridad; pero *potestas* no la podemos tomar aquí en su sentido propio, porque no era un poder análogo a los tres que constituían la familia civil romana, desde el momento en que la tutela no podía ejercerse sino sobre una persona *sui juris: in capite libero,* como decía la definición.

Ad tuendeum: eran las expresiones que revelaban el poder protector que debia tener el tutor; su deber

de tuición que debía ejercer; de donde resultaba que la misión del tutor era una obra general de vigilancia y de protección, y no limitada a un negocio especial. De aquí que los romanos dijeran: *tutor ad universum patrimonium datur,* lo que se aplicaba aún en el caso de pluralidad de tutores. Por excepción, se dividían las funciones de los tutores, cuando los pupilos tenían patrimonios en diversos lugares, distantes los unos de los otros.

Jure civile: decía también la definición, porque el derecho civil la había hecho institución suya. Sin embargo, según Ulpiano, un Latino podía ser pupilo y hasta tutor, con tal de que no hubiera sido Latino-Juniano. Las palabras *data ac permissa,* daban a entender que la tutela emanaba de la ley, o que ella permitía a otras voluntades conferirla. De aquí, pues, que la tutela se hubiera dividido en Roma en legítima, testamentaria, y dativa, según que la creara la Ley, o la diera la voluntad del padre, o fuera el Magistrado, por último, quien la discerniera. [1] Veamos, ahora, a quienes podía confiarse el cargo de tutor, y como se escogía entre ellos al tutor, y en que casos la persona escogida podía excusarse de ejercer la tutela.

El derecho romano comenzaba por excluir a ciertas personas del ejercicio de la tutela. En el antiguo

(1) Artículos 332, 336, 337, Código Civil citado.

derecho eran éstas: los esclavos, en primer término, lo que significaba que si el *pater familias* había escogido a uno de ellos como tutor testamentario del hijo, tal designación aparejaba, de derecho, la emancipación del esclavo. Cuando se trataba, no ya del propio esclavo, sino del ajeno, entonces se consideraba que la institución estaba sujeta a la condición de que el esclavo alcanzase la libertad. El derecho romano excluía, en segundo lugar, a los extranjeros, porque siendo la institución de derecho civil, la prohibición se comprende por sí misma. Sin embargo, los Latinos, como lo hemos visto, podían ser tutores.

En tercer lugar estaban excluidas las mujeres, [2] porque ellas estaban en perpetua tutela. En casos concretos, los Emperadores permitían que alguna madre o abuela tuviesen a su cargo la tutela del hijo o del nieto, lo cual llegó a generalizarse; pero la mujer, para ejercer la tutela, debía renunciar a contraer segundas nupcias, y al beneficio del Senado-Consulto Veleyano, condiciones éstas que remontaban al reinado de Claudio, año 46 de la éra cristiana. En el fondo, el referido Senado-Consulto, no hacía sino confirmar algunos Edictos que habían sido dictados por Augusto y por Claudio mismo, quienes deseando preservar a

(2) Artículo 356, caso 1º, Código Civil citado. La ley exceptúa a las abuelas viudas, a las hermanas y a las tías del pupilo, solteras o viudas y mayores de edad.

las mujeres casadas de la fácil influencia que sobre ellas podían llegar a ejercer sus maridos, anulaban las obligaciones contraídas por aquéllas en favor de éstos. La jurisprudencia había extendido las cosas hasta las mujeres no casadas, y fué esta jurisprudencia la que erigió más tarde en ley el referido Senado-Consulto. En el antiguo derecho no había más personas excluidas del ejercicio de la tutela, de suerte que el loco, el sordo y el mudo, podían en principio ser tutores. Ahora bien, no era que por el derecho de tener tales personas capacidad jurídica para ser tutores lo llegaran a ser, en efecto. En la práctica el derecho romano solucionaba hábil y lógicamente el conflicto, y cuando ocurría el caso, el Pretor nombraba otro tutor que desempeñaba el cargo mientras duraba la incapacidad de las dichas personas. Pero más tarde, cuando la tutela llegó a ser considerada como una carga pública, más bien que como un derecho, que había sido el concepto primitivo en que se la había tenido, la ley agregó otras incapacidades más que fueron:

1º—La de los sordos y los mudos, no entrando los ciegos. [3]

2º—La de los insensatos.

---

(3) Artículo citado, caso 4º La ley venezolana excluye también a los ciegos.

3º—La de los impúberos llegando Justiniano hasta excluir a los menores.

4º—La de aquellos a quienes descartaban el padre o la madre.

5º—La de los que tenían derechos litigiosos con el pupilo y lo mismo sus deudores, excepto la madre o la abuela del pupilo. (4)

6º—La de las personas notoriamente enemigas del pupilo o de su padre.

7º—La de los judíos, cuando el pupilo era cristiano.

8º—La de los que habían pretendido alcanzar la tutela a precio de dinero.

9º—La de los Obispos, los monjes, y los soldados.

Hemos dicho que la tutela podía ser: testamentaria, legítima y dativa, a lo que podríamos agregar que ejemplos no faltaron en Roma de que algunas veces a la tutela testamentaria se la llamase impropiamente dativa, empleándose la expresión *tutela a Proetore* para la que este Magistrado confería a falta de tutor testamentario o legítimo, o sea, para la tutela que definitivamente se ha convenido en llamar tutela dativa.

En la tutela testamentaria era el *pater familias* quien tenía el derecho de nombrarle un tutor a las personas que estaban sometidas a su potestad y a quienes

---

(4) Artículo citado, caso 9º

hacía *sui juris*, como sabemos, la muerte del padre. Este derecho venía de tan atrás en Roma, que las Leyes de las XII Tablas no hicieron sino reconocerlo. Veníale el nombre a la tutela de que el *pater familias* ejercía este derecho en un acto solemne de última voluntad que se llamaba testamento y que examinaremos, en su lugar. De aquí, pues, que la designación de tutor testamentario en Roma, estuviera sometida a dos condiciones: la primera, que emanase de un *pater familias*, como atributo y prerrogativa que era de la patria potestad; [5] y segunda, que la designación se hiciera en testamento. [6] Más tarde fué admitido que el nombramiento pudiera también hacerse en codicilo, con tal de estar confirmado, más tarde, por un testamento. El codicilo era también, como lo veremos, un acto de última voluntad que en la época de Augusto, al menos, que fué cuando se lo empezó a practicar legalmente, no estaba sometido a las formalidades rigurosas que se exigían para los testamentos.

En los primeros tiempos, el nombramiento de tutor testamentario debía venir inmediatamente después de haberse hecho en el testamento la institución del heredero, valiéndose por ejemplo, el testador, de estas palabras: *Titius tutor esto.* Después que el rigor de

(5) Artículo 332, Código Civil citado.

(6) Artículo 333. El derecho venezolano admite también que pueda hacerse también por escritura pública.

los primeros tiempos fué relajándose y se consideró que no tenía importancia el sitio en que apareciese la institución del heredero, se pensó lo mismo con el nombramiento del tutor, requiriéndose, solamente, la designación precisa y cierta de la persona nombrada, pero con libertad el testador para hacer depender el nombramiento de algún término o de alguna condición. Ahora bien, si el padre nombraba un tutor para sus hijos, en general, el nombramiento se entendía también hecho en favor de los póstumos, o sea de aquellos hijos que, concebidos ya para la muerte del padre, nacían después de ésta. Aplicaban en este caso los romanos la regla a que ya tuvimos oportunidad de referirnos al hablar de las personas, y que era la de considerar nacido el feto para todo lo que pudiese favorecerlo. Sucedía, pues, que cuando el testamento se anulaba por faltarle alguna de las formalidades legales, el nombramiento de tutor se tenía por no hecho, pero este rigor fué atemperándose con el tiempo, y Constituciones Imperiales le dieron autorización al Pretor para confirmar, en tales casos, la designación hecha por el padre, contenida en un testamento que resultaba nulo o en un codicilo no confirmado por testamento, o bien el nombramiento hecho por el padre que no tenía la patria potestad, o por la madre, o por el patrono. Cuando se trataba del nombramiento

o designación hechos por estos últimos, el referido Magistrado procedía con conocimiento de causa, *cum inquisitionem,* que decían los romanos; pero cuando se trataba del padre, confirmaba, simplemente, el nombramiento *sine inquisitione,* como entonces se decía.

La tutela legítima tenía lugar en Roma, a falta de tutela testamentaria, [7] excepción hecha del caso en que ésta venía a faltar por haber presentado excusa legítima, o por haber sido removido el tutor. De aquí, pues, que hubiera tutela legítima cuando no había sido nombrado ningún tutor testamentario, o cuando el nombrado moría antes que el testador, o cuando habiendo entrado el tutor testamentario a regir la tutela, moría después de cierto tiempo, o cuando el heredero instituido no aceptaba la herencia, porque entonces el testamento caía por su base. Dábase el caso en Roma de que hubiera solamente incertidumbre de si se abría o no la tutela testamentaria, como acontecía cuando el heredero instituido en el testamento se reservaba al lapso que la ley le concedía para manifestar si aceptaba o no la herencia, o bien, cuando el nombramiento del tutor dependía de alguna condición que no se había cumplido todavía, o cuando el tutor nombrado—como sucedía a veces—estaba cautivo en país enemigo. En todos estos casos, como acontecía en

(7) Artículo 336, Código Civil citado.

los primeros tiempos con el nombramiento de tutor recaído en un incapaz, el Pretor nombraba un tutor dativo provisional. La regla del derecho romano para la designación de las personas que debían ser llamadas a ejercer la tutela legítima, era la de que donde estaba el beneficio de la herencia, debía estar la carga de la tutela: *ubi est emolumentum successionis, ibi et onus tutelae debet,* con lo cual daban a entender, que las personas que debían estar más interesadas en la conservación del patrimonio del pupilo eran aquellas a quienes la ley misma llamaba a su herencia caso de que muriera. Por ésto la ley designaba, en primer término, al agnado más próximo para regir la tutela, y cuando había varios agnados del mismo grado, todos eran tutores legítimos. La idea ésta, de que donde podía estar el beneficio de la herencia debía estar la carga de la tutela, condujo, por analogía, a los jurisconsultos, a que el patrono legítimo y a falta de éste, sus hijos, fueran llamados a la tutela legítima del liberto impúbero, creándose así, una segunda clase de tutela legítima, a más de la de los agnados, que era la del patrono, quien, caso de morir, tenía por herederas a aquellas mismas personas. La regla tenía una excepción, sin embargo, y era, cuando el liberto era Juniano, porque entonces la tutela no correspondía al patrono manumisor sino al antiguo dueño que tenía

la propiedad quiritaria del esclavo y quien no era heredero legítimo del liberto.

No se detuvo aquí el desarrollo de las ideas que habían conducido a la tutela del patrono y de sus hijos; y como el hijo emancipado estaba en lugar de un siervo, *in servi loco,* como decían los romanos, cuando un padre emancipaba al hijo, quedaba siendo tutor legítimo del mismo, o sea, del emancipado impúbero. Si era un tercero el que mancipaba, este tercero se hacía *judiciarius tutor,* mientras que al padre emancipador se lo llamaba, preferentemente, tutor legítimo. Y lo que se aplicaba a los hijos del manumisor o patrono, cuando éste moría, se aplicaba también a los hijos, parientes o extraños, del emancipador, y a éstos se los llamaba también tutores fiduciarios. La emancipación ficticia, por medio de una tercera persona, quedó derogada con las reformas de Anastasio y de Justiniano, y por ésto en las Institutas de este último Emperador no se encuentran sino los siguientes tutores legítimos:

1º—El agnado más próximo.

2º—El patrono y sus hijos, si se trata de un liberto.

3º—El padre emancipador, si se trata de un emancipado.

4º—Los hijos de este padre emancipador a quienes siguió llamándoselos: tutores fiduciarios.

Con posterioridad a las Institutas, el sistema de la agnación desapareció: la Novela 118 lo cambió por el de la cognación, que era el parentesco por los lazos de la sangre, y desde este momento cambió también la tutela de los agnados, convirtiéndose en la de los cognados. De aquí, pues, que a la regla del antiguo derecho de que hemos hablado: *ubi est emolumentum successionis, ibi et onus tutelae esse debet*, se le anteponía, después de la promulgación de la citada Novela, la palabra *plerunque*, que indicaba que la regla había dejado de ser absoluta. De esta época en adelante, la tutela legítima se defería al heredero más próximo, y a falta de éste, al heredero siguiente en rango. [8] Si había muchos herederos llamados a la sucesión, todos debían desempeñar la tutela, pero la madre o la abuela, que concurrían con los colaterales, excluían a éstos de la tutela. Puede establecerse, pues, como una regla segura para el caso de la tutela legítima, que las cuatro especies de tutela, de que hablan las Institutas, subsistieron bajo Justiniano, reemplazando la tutela del heredero consanguíneo más próximo, a la del agnado más próximo, también.

(8) En el derecho venezolano la tutela legítima corresponde al abuelo paterno y en su defecto, al materno, y a falta de ambos a las abuelas paterna y materna, en este mismo orden. El padre natural tiene también la tutela legítima del hijo que no esté sometido a la patria potestad de la madre. Artículos 336 y 338, Código citado.

La tutela dativa, en tesis general, se daba a falta de las nombradas tutelas testamentaria y legítima. Precisando el punto, puede establecerse que había en Roma tutela dativa en los casos siguientes:

1º—Cuando no existía ni tutor testamentario ni tutor legítimo.

2º—Cuando el tutor testamentario se excusaba de desempeñar la tutela, o cuando era removido. Si cesaba en sus funciones por otra causa, como pasaba en el caso de muerte, se abría entonces la tutela legítima.

3º—Cuando pasaba otro tanto con el tutor legítimo, siendo de advertir que cuando no era el caso de excusa ni de remoción, la tutela se defería al tutor legítimo al abrirse la tutela dativa.

Debemos recordar que cuando había, no certidumbre de que no existían ni tutela testamentaria ni tutela legítima, sino solamente incertidumbre, lo que se abría era una tutela dativa provisional. Por lo que hace a la autoridad de quien emanaba el nombramiento de tutor dativo, puede decirse que antes de la ley *Atilia,* (ciertamente anterior al año 557 en Roma, y posterior al año 387 en que fué creado el Pretor Urbano), que fué la que le dió este derecho al Pretor Urbano, debió ser la *gens,* a que pertenecía el impúbero, la que nombraba el tutor. Después de la citada

Ley, fué el referido Magistrado a quien se encargó de hacer el nombramiento del tutor, por lo que al nombrado se le llamaba tutor Atiliano. En las Provincias, el nombramiento de tutor estaba a cargo de los Presidentes de las mismas, a quienes la Ley *Julia* y *Titia*, año 723, probablemente, había atribuido tal facultad. Posteriormente, en Roma, la facultad de nombrar tutores fué transferida a los Cónsules por el Emperador Claudio, y más tarde Marco Aurelio la dió a un Pretor especial que se llamó *Praetor Tutelaris*. En el derecho de Justiniano, el nombramiento lo hacían, en Roma, el Prefecto de la Ciudad, y en Constantinopla, el Pretor especial de que se ha hablado. Bajo este mismo Emperador se les dió a los Magistrados Municipales el derecho de nombrar el tutor dativo, pero sólo podían hacerlo cuando la fortuna del impúbero no pasara de quinientos sólidos. Lo que debemos observar, sí, es que en el derecho romano, la facultad de nombrar tutor dativo no emanaba de la autoridad del Magistrado, por la sola naturaleza de sus funciones, *(pure magistratus)*, sino en virtud de la ley expresa que le confería tal facultad.

Ya hemos dejado establecido cuándo era que se abrían las distintas tutelas. Veamos ahora en qué casos podía el tutor nombrado o designado por la ley, alegar un motivo legítimo que lo eximiese de ejercer

el cargo de la tutela. La ley llamaba a estos motivos excusas, y comoquiera que la tutela en Roma no se consideraba sólo como un derecho de familia, sino como una carga pública: *onus publicum,* en los comienzos de la legislación no eran admitidas tales excusas. Cambió con el tiempo este sistema, y fueron admitiéndose cada vez más y más motivos, que dispensaban o eximían del deber legal de ejercer la tutela. Y de aquí que un cierto número de hijos que tuviera a su cargo el tutor designado, o la edad avanzada de éste cuando pasaba de setenta años, o el desempeño de ciertas funciones públicas, [9] y hasta la práctica de determinadas ocupaciones liberales, como sucedía con la medicina, eran excusas legítimas. La legislación romana, las dividía en dos categorías: las unas que permitían que se rechazase el nombramiento de tutor o la vocación legal a la tutela: a *suscipienda tantum tutela;* las otras, por las que un tutor, ya en ejercicio de la tutela, renunciaba a seguirla desempeñando: *tam a suscepta quam a suscipienda tutela.* Pero sucedía que el derecho a invocar una causa de excusa, se perdía en muchos casos:

1º—Cuando se renunciaba a ella.

2º—Cuando se dejaban transcurrir ciertos plazos a partir de la delación de la tutela, sin hacerse valer

(9) Artículo 361, Código Civil citado.

la excusa que se tenía, lo cual se interpretaba como una aceptación de aquélla. [10]

3º—Cuando el tutor nombrado era quien había escrito el testamento en que se le nombraba, o cuando se le había prometido al testador ejercer la tutela.

4º—Cuando se comenzaba a administrar la tutela sin hacer valer el motivo de excusa. [11]

5º—Cuando se aceptaba un legado hecho en el testamento que contenía la designación del tutor, porque se presumía entonces que ello obedecía al deseo de indemnizar al tutor por la carga que se le imponía, que era gratuita por su naturaleza.

Había personas a quienes el derecho romano les permitía libremente rechazar la tutela sin estar en la obligación de alegar ninguna causa, como pasaba con la madre o con la abuela. [12] En cambio había otras a quienes no les era permitido hacerlo, como pasaba con el liberto que no podía alegar ninguna excusa que lo eximiera de la tutela de los hijos de su patrono. Debemos agregar que en el antiguo derecho había otra excusa de un carácter muy particular. Llamábasela la *potioris nominatio,* que era en el fondo, una como delegación de la tutela. El tutor nombrado ele-

(10) Artículo 364, Código Civil citado.
(11) Artículo 362, Código Civil citado.
(12) Artículo 361, Código Civil citado.

gía en su lugar a otra persona que por sus aptitudes, o por el mayor tiempo de que podía disponer, o por su carácter de más allegado al pupilo, era considerada como más llamada y en mejores condiciones para desempeñar la tutela; pero no se daba la referida excusa sino en el caso de tutela dativa. El tutor nombrado, en este caso, indicaba la persona que debía sustituirlo, y se verificaba una de estas dos cosas: o bien, que la persona indicada o señalada para el nombramiento aceptaba, y resultaba, en definitiva, nombrada tutor, o bien, que la indicación o señalamiento de tal persona fracasaba. En el primer caso, el tutor dativo respondía solidariamente de la gestión del que podría llamarse tutor delegado; en el segundo, se le permitía que escogiese y designase a otra nueva persona, pero si fracasaba también en esta segunda elección, no podía admitírsele ninguna otra excusa. Ahora bien, era corriente que aquellos a quienes no se les admitía otra causa de excusa, podían invocar, en último extremo, el *jus nominandi potioris*, y como la práctica de esta excusa era desfavorable al tutor y perjudicial para el pupilo por las dilaciones a que daba lugar, se la miraba siempre con poco favor. Septimio Severo, en el año 194, comenzó por restringir su uso, y más tarde cayó la referida excusa en desuetud. Así es que desde el siglo IV, en adelante, no se la mencionó más en el derecho romano.

Establecidos estos principios pasemos a ocuparnos en el examen de las oblgaciones que tenía el tutor. Debe establecerse, en primer término, que el tutor romano no estaba obligado a encargarse de la guarda material de la persona del pupilo, ni tampoco de la dirección moral de éste. [13] De ello se encargaba la persona que designaba a tal efecto el Magistrado: el Pretor en Roma, o el Presidente, en las Provincias, a requerimiento del mismo tutor o de los parientes o amigos del pupilo. De modo, pues, que las funciones del tutor se limitaban, en el fondo, a administrar el patrimonio del pupilo, para poner en manos de la persona de que acaba de hablarse, que era generalmente uno de los parientes del menor, las sumas necesarias para atender al sostenimiento y a la educación de éste. El tutor debía, pues, conservar el patrimonio del pupilo para estos objetos, y acrecentarlo si era posible. Y de aquí que al momento de entrar a desempeñar sus funciones, cumpliera ante todo dos obligaciones: la primera, hacer inventario fiel y exacto de los bienes que debía administrar; [14] y la segunda: prestar una fianza [15] o *satisdatio*, que decían los romanos,

---

(13) Por el derecho venezolano la tutela tiene por objeto la guarda de la persona y la administración de los bienes del menor. Artículos 330 y 367, Código Civil.

(14) Artículos 371 y siguientes, Código Civil citado.

(15) Artículo 380, mismo Código.

para responder del cumplimiento de los deberes que le imponía el cargo. Después de Justiniano debía también cumplir otro requisito previo el tutor: el de prestar juramento solemne de cumplir fiel y legalmente los deberes de que se ha hablado. El inventario debía ser solemne, es decir, con intervención del Juez, y en él debían aparecer, minuciosamente, los bienes, derechos y obligaciones del pupilo. [16] Cuando el tutor descuidaba este deber del inventario, se exponía a que el Juez lo condenase, más tarde, a restituir más de lo que realmente había recibido, o que se le obligase a dar cuenta de lo que dijera bajo juramento el pupilo, cuando el tutor había procedido, no con negligencia, sino con dolo. En ese inventario debía declarar el tutor si era acreedor o deudor del pupilo, pues sabemos que estas circunstancias lo excluían o lo imposibilitaban para el desempeño de la tutela. [17] Cuando el tutor, siendo acreedor, no lo declaraba ante el Juez en el acto de practicarse el inventario, la sanción de su silencio estaba en la pérdida del derecho de reclamar su crédito; y si era deudor y tampoco lo hacía constar, se le imponía una pena. [18] La única persona

(16) Artículo 376, Código Civil citado. Pero el Juez no interviene en el inventario, artículo 372, mismo Código.

(17) Artículo 378, Código Civil citado.

(18) Artículo 378, Código Civil citado. Según este artículo cuando el tutor es deudor del menor y no lo declara, puede ser removido de la tutela.

que estaba exenta de conformarse a esta regla, era la madre.

La segunda obligación que se le imponía al tutor, era la de prestar fianza, como lo hemos visto. Tenía por objeto esta fianza poner al pupilo a cubierto de la insolvencia del tutor, cuando ésto acontecía, y se alcanzaba este fín designando el tutor a una persona solvente que saliese garante de la buena gestión de la tutela. No era esta obligación de prestar fianza inherente, necesariamente, a toda clase de tutela, pues ni el tutor testamentario, ni aquél cuyo nombramiento había confirmado con posterioridad el Magistrado mediante la inquisición que podía hacer, y que hacía en los casos de que hemos hablado, ni el patrono y sus hijos respecto del liberto, estaban obligados en derecho a prestarla. (19) En este último caso, o sea, en el del patrono y sus hijos, quedaba a elección del Magistrado exigir o no la garantía.

Cumplidas estas formalidades previas, entraba el tutor en el desempeño de sus funciones. Hemos dicho que le tocaba administrar el patrimonio del pupilo. Estos deberes de administración lo llevaban a conservar en primer término dicho patrimonio, a custodiarlo, podríamos decir, para acercarnos a la expre-

(19) Artículo 380, Código Civil citado. Este artículo excluye, solamente, de la fianza, al padre natural y a los abuelos y abuelas legítimos.

sión de que el derecho romano se valía *(custodia)*. El tutor, pues, cobraba las sumas que se le debían al pupilo y se apresuraba a pagar, ante todo, las que fueran más onerosas para el mismo. Percibía, en segundo lugar, los frutos civiles que producían los bienes del pupilo, como eran, por ejemplo, el producto de los arrendamientos que se hacían, o el interés de un préstamo de dinero, y para que estos bienes pudiesen seguir produciendo, proveía a su conservación. Por último, debía tratar de aumentar la fortuna del pupilo, colocando, preferentemente en inmuebles o en préstamos, el remanente que hubiera quedado de la renta, después de haber atendido a los gastos materiales y morales del pupilo, y a los de conservación del patrimonio. Ciertas enajenaciones estaban comprendidas en la facultad de administrar, y así sucedía en casos en que ello era necesario y útil para el pupilo, y redundaba en su provecho, como la venta de una cosecha, por ejemplo. En principio las enajenaciones gratuitas, o sea, aquellas en que ningún equivalente recibía el pupilo, le estaban prohibidas al tutor; pero cuando se trataba, por ejemplo, de la educación de la hermana del pupilo, la enajenación gratuita misma, podía válidamente hacerla. Este derecho de enajenación le fué cercenado bajo la legislación imperial, y así encontramos que Séptimio Severo les prohibió a

los tutores que enajenaran los *proedia rustica vel suburbana* sin la autorización del Pretor, quien debía dar esta autorización con conocimiento de causa: *causae cognitio*, que decían ellos. [20] Constantino fué más lejos todavía, y prohibió que se vendiese lo que no estuviera sujeto a deterioro, o fuera inútil, y quedó prohibida hasta la enajenación parcial que podía resultar de cualquier gravamen que se le impusiese a la cosa, como una hipoteca o una servidumbre. Quedó perfectamente definida en Roma la prohibición de enajenar, a que nos hemos referido, porque no se aplicaba sino:

1º—A las cosas que no podían guardarse sin que perdieran su valor.

2º—A las enajenaciones que entraban en la noción de gastos corrientes, desde el momento en que todo pago, en efecto, era una enajenación.

3º—A las enajenaciones no voluntarias, tales como cuando había que vender la cosa de que era copropietario el pupilo, porque otro comunero había pedido la partición; y

4º—A las enajenaciones autorizadas en el testamento de la persona de quien tenía la cosa el pupilo, o cuando se trataba del derecho del Príncipe.

---

(20) Artículo 385, Código Civil citado. Este artículo prohibe, terminantemente, todo acto de enajenación, sin la autorización del Juez.

Cuando se hacía una enajenación que no estaba comprendida en ninguno de los casos de excepción que quedan apuntados, el contrato era anulable, y el pupilo, al llegar a la pubertad, podía escoger entre respetar la enajenación, o si le era perjudicial, hacerse indemnizar por el tutor, o pedir que se la anulara y que el tercer adquiriente le devolviera la cosa que había adquirido; pero como era regla fundamental del derecho romano, que nadie podía enriquecerse en perjuicio de otro, el pupilo debía restituir todo aquello que hubiera constituído su enriquecimiento. Cuando el pupilo llegaba a la pubertad y ratificaba la convención, perdía su derecho a intentar la acción rescisoria, de que hemos hablado, que así se llamaba, o bien cuando dejaba pasar cinco años después de llegado a aquella edad, sin invocar la nulidad. [21] Debemos sin embargo advertir que esto sucedía en el caso de enajenaciones a título lucrativo, en que había una compensación material para el pupilo a cambio de la cosa que enajenaba el tutor sin las formalidades de ley, pues cuando se trataba de enajenaciones a título gratuito, en que ningún equivalente había para el pupilo, la convención era inexistente o radicalmente nula. La convención nula era, pues, aquella que no

---

(21) Artículo 1.368, Código Civil citado. Los cinco años se cuentan en el derecho venezolano a partir de la mayoridad, que está fijada en 21 años.

nacía a la vida del derecho porque había sido ejecutada en violación de una disposición que la ley consideraba impretermitable, al paso que la convención anulable era la que existía mientras no se invocase el motivo legal que permitiera anularla, como pasaba con las formalidades con que el tutor debía hacer la enajenación, pero que si no se hacía valer este motivo seguía existiendo y podía llegar hasta ser objeto de un acto de ratificación o de confirmación, o a validarse, automáticamente, cuando caducaba la acción o se extinguía por el trascurso del plazo arriba dicho.

Dos medios había en Roma de que se servía el tutor para ejecutar los actos que envolvía la administración de la tutela: o bien autorizaba al pupilo para ejecutar el acto, que era lo que se llamaba: *auctoritatio interpositio,* o era el tutor mismo, en el lugar del pupilo, quien a nombre de éste ejecutaba el acto: esto era lo que se llamaba *gestio administratio.*

La *auctoritas* era el acto por el cual el tutor unía su voluntad a la del pupilo que había salido de la infancia, y que estaba en la *infantia major,* para ejecutar, válidamente, un acto jurídico que envolvía disminución de su patrimonio, es decir, contraer una obligación, o convenir en una enajenación. Cuando se trataba de actos en que el pupilo que estaba en la *infantia major* lo que hacía era mejorar su condición,

como pasaba cuando se trataba de una donación sin cargas, entonces el pupilo, sin la *auctoritas,* podía ejecutar el acto. De modo, pues, que el concepto jurídico de la *auctoritas* en el derecho romano, significaba como el complemento necesario de la voluntad jurídica que creaba el acto, formada, en parte, por el consentimiento del pupilo y por el del tutor, y de aquí que la voluntad de éste debía expresarse en el momento mismo en que el acto se realizaba. No podía ni preceder a la convención ni seguirla en forma de ratificación. No podía tampoco expresarse en una carta que se le dirigiera al pupilo, ni podía el tutor valerse de un mandatario que lo representara. De aquí también que el consentimiento del tutor debía ser puro y simple, es decir, no sujeto a ninguna condición. Consecuencia de lo expuesto era que, cuando faltaba la *auctoritas,* faltaba un elemento legal para la validez de la convención, y el acto era anulable en interés del pupilo. El que había contratado con éste, si quedaba obligado por su parte. Pasaba a veces que el tutor tenía interés en el acto para el que debía dar su *auctoritas,* y entonces, como ya lo hemos visto anteriormente, lo que se hacía era nombrar un tutor especial.

Hemos visto también, que el tutor podía ejecutar el acto a nombre del pupilo y que a esto se lo llamaba en Roma *gestio* o *administratio.* Había casos en que esta

manera de proceder del tutor era la única posible, como sucedía cuando el pupilo no había salido de la infancia, o cuando habiendo salido, tenía que comparecer ante el Magistrado para ciertos actos. Cuando el tutor procedía de este modo, representaba plenamente al pupilo, y respondía del acto en la medida de la diligencia que era inherente a su cargo: *diligentia quam suis rebus adhibit.* Cuando el tutor había solicitado la tutela, esta responsabilidad aumentaba, y de él se exigían—según la fórmula consagrada—los cuidados de un buen padre de familia. Cuando eran muchos los tutores, y sólo uno el que efectivamente administraba, siendo los otros simples tutores honorarios encargados de vigilar, la responsabilidad pesaba sobre el primero, y solamente, por falta de vigilancia, sobre los demás. Cuando eran varios tutores los que efectivamente administraban, por haberse dividido entre sí la administración, cada uno respondía por separado en los límites de sus atribuciones. Cuando no había habido tal división, todos respondían por cualquier acto que uno cualquiera de ellos hubiera ejecutado. Pero el tutor perseguido por tal responsabilidad, para premunirse contra la eventualidad de ser él solo el responsable, tenía el derecho de oponer el beneficio de excusión: *beneficium excussionis vel ordinis,* que equivalía a pedir que se ejecutara primero la obligación so-

bre los bienes del tutor que hubiera intervenido en el acto, y que después de agotados estos bienes se ejecutase el resto de la misma obligación sobre los bienes del tutor que oponía el beneficio de excusión. No era esto un derecho que podía invocarse siempre, sino sólo cuando el tutor directamente obligado no estaba ausente, o cuando no era insolvente. Pero si se trataba de otros casos, lo que podía hacer el tutor demandado era oponer el beneficio de división, que consistía en que el pupilo dividiese su acción entre todos los tutores presentes y que fueran solventes. Cuando esto tampoco era realizable, al tutor demandado no le quedaba más recurso que pagar, haciéndose ceder, para ejercerlas luego, las acciones que correspondían al pupilo contra los demás tutores obligados, lo cual debía hacerse antes que recayese sentencia condenatoria en el juicio, pues ésta extinguía aquellas acciones y las hacía, por lo tanto, incesibles.

Esto era en cuanto a la *administratio*. Por lo que hacía a la *auctoritas*, podía prestarla uno solo de los tutores cuando eran testamentarios, o confirmados por el Pretor con conocimiento de causa. Fuera de estos casos, todos debían prestar la *auctoritas*. Justiniano modificó este principio disponiendo que cualquiera de los tutores, testamentarios o no, podía prestar la *auctoritas*, a menos que se tratase de ponerle término a la tutela por medio de la *arrogatio* del pupilo.

Todas estas obligaciones del tutor para con el pupilo, tenían su sanción en Roma en la acción directa de tutela: *actio tutelae directa,* de la que se servía el pupilo para que el tutor le rindiese cuenta de la manera como había administrado la tutela, rendición de cuentas ésta que se consideraba de orden público, y por lo tanto, de la que no podía ser relevado el tutor nombrado en testamento. [22] El inventario que se había practicado al comenzar la tutela servía de base para esta rendición de cuentas, en la que el tutor debía comprobar, además, todas las entradas y todos los gastos de la tutela. Cuando por el ejercicio de esta acción se comprobaba que el tutor había incurrido en dolo o en falta grave, el tutor quedaba infamado. Esta acción era de derecho civil. Podía suceder, también, que el tutor, en vista de no ser suficiente las rentas del pupilo, hubiera avanzado por cuenta de éste alguna suma para cubrir los gastos de la tutela, y entonces, para obtener el reembolso correspondiente, se le daba una acción contra el pupilo, que se llamaba acción contraria de tutela: *actio contraria tutelae,* que era de origen pretoriano. [23] Cuando el que había administrado lo había hecho creyéndose tutor, sin serlo, se daban también las dos acciones antes mencionadas,

---

(22) Artículos 400 y siguientes, Código Civil citado.

(23) Artículo 405, Código Civil citado.

pero se las llamaba entonces, acción directa y acción contraria de protutela. Las acciones, que quedan examinadas, eran las que se originaban, digamos, normalmente de la tutela. Pero eventualmente podían nacer otras, como la que se daba contra el tutor sospechado de no desempeñar bien y fielmente su cargo, cuyo ejercicio acarreaba la remoción del mismo: *actio de suspectis tutoribus.* [24] y la *actio de distrahendis,* que venía desde las XII Tablas, y que se daba contra el tutor que sustraía alguna cosa del patrimonio del menor para no rendir cuenta de ella, y que era a la vez persecutoria de la cosa y penal, porque el tutor era condenado, cuando la acción se la declaraba con lugar, a pagar el duplo del valor de la cosa sustraída. Y fué tan completo en Roma el cuadro dentro del cual colocó el legislador todas las prescripciones de que se ha hablado para tratar de poner a salvo el patrimonio del pupilo, que la responsabilidad por las resultas de la administración del tutor era extensiva: a los testigos que habían declarado acerca de la capacidad y de la integridad del tutor, cuando el nombramiento de éste lo hacía el Magistrado *quum inquisitione;* a los que llamados a regir la tutela habían hecho uso de la *potioris nominatio;* y a los que habían propuesto a alguno para tutor, como sucedía con los

(24) Artículo 358, Código Civil citado.

herederos *ab intestato* del impúbero que no tenía tutor. Al *pater familias* mismo, que ejercía la patria potestad sobre el tutor, le alcanzaba responsabilidad por los actos de éste, en virtud de los principios que entonces informaban a aquélla: responsabilidad ésta que era solidaria o sea, por el todo, si el *pater familias* se había inmiscuido en la gestión de la tutela. Es de advertir que Trajano hizo responsables, no sólo a las personas que quedan nombradas, sino a los Magistrados Municipales que, por ignorancia o por error, le hubieran aceptado al tutor una fianza insuficiente, lo que se lograba por medio de una acción subsidiaria. El Emperador Constantino, por último, creó una hipoteca legal sobre todos los bienes del tutor. [25]

Terminaba la tutela en Roma, de parte del pupilo, *a parte pupilli,* como allí decían, y *a parte tutoris.* Terminaba *a parte pupilli,* primero, cuando el pupilo llegaba a la pubertad, que Justiniano como sabemos, fijó definitivamente en 12 años para la mujer y en 14 para el hombre. La segunda causal que extinguía la tutela *a parte pupilli* también, era la muerte de éste. La tercera era la esclavitud. Si el menor recobraba la libertad, comenzaba de nuevo la tutela, en virtud del *postliminium.* La cuarta causal era la pérdida del derecho de ciudadanía, lo que no podía suceder sino

---

(25) Artículo 1.956, caso 4º, Código Civil citado.

cuando el pupilo era *proximus pubertatis,* es decir, cuando era capaz de comprender y querer. La quinta causal era un cambio de familia vericado por medio de la adrogación. Los romanos encerraban las tres últimas causales de que se ha hablado en esta fórmula: *capitis deminutio* cualquiera.

Terminaba la tutela *a parte tutoris:* primero, por la muerte del tutor; segundo, por la condición o el término establecidos para la tutela; tercero, por una excusa legalmente aceptada por el Magistrado, como ya lo hemos visto; cuarto, cuando el tutor perdía la ciudadanía; quinto, cuando llegaba a ser esclavo. En este último caso recibía aplicación también la regla del *postliminium;* sexto, por la *capitis deminutio* mínima; séptimo, cuando el tutor era removido por sospechoso. Hemos visto que cuando el pupilo alcanzaba la edad de la pubertad terminaba para él la tutela. No era así, sin embargo, cuando se trataba de las mujeres, porque éstas estaban en Roma en perpetua tutela. Las Vestales estaban exceptuadas de esta regla, como pasaba también con la mujer ingenua que tenía tres hijos, o con la liberta que tenía cuatro en virtud de lo que llamaban los romanos el *jus liberorum,* que eximía, a veces, de cargos públicos. Deferíase esta tutela de las mujeres del mismo modo que la de los impúberos, pero tomando en cuenta las diferencias siguientes:

1º—La tutela testamentaria podía instituirla no solamente el padre, sino también el marido, si ejercía *la manus* sobre su mujer, siendo de advertir que aquél podía limitarse en su testamento a darle a su mujer el derecho de escoger ella misma el tutor, derecho éste que podía ejercer, plenamente, escogiendo uno cada vez que se encontrara sin tutor, o limitado a un número determinado de veces, a lo cual debe agregarse que este tutor testamentario podía negarse a aceptar la tutela.

2º—El tutor legítimo, que era un agnado o bien un manumisor, podía ceder a otra persona el ejercicio de la tutela. No era realmente tutor la persona que por este medio venía a reemplazar a la que era llamada por la ley a desempeñar la tutela, y tan así era, que si aquella persona moría o se hacía incapaz, la tutela volvía a recaer en el cedente, y si era éste el que moría, se defería a la persona a quien legalmente le correspondiese. Diferenciábase también la tutela de las mujeres de la de los impúberos, en que las funciones del tutor, en las primeras, eran más restringidas que en las segundas. Aquél no hacía sino administrar el patrimonio de la mujer, sin tener que hacer con la persona de ésta, y de aquí que su papel se reducía a dar la *auctoritas* en los casos que señaladamente establecía la ley, o sea: primero, cuando se trataba de

enajenar cosas *mancipi,* o de los actos llamados solemnes en el derecho romano, que eran aquellos que estaban sometidos al cumplimiento de ciertas fórmulas sacramentales, sin las cuales el acto no tenía validez, como pasaba con la *mancipatio,* por ejemplo; y segundo, cuando se trataba del procedimiento de las *legis acciones;* tercero, cuando se contraía o podía contraerse una obligación, como pasaba con la aceptación de una herencia; cuarto, cuando la mujer hacía testamento, con lo cual evitaban los agnados que ella pudiera disponer de una fortuna en perjuicio de ellos, que fué en realidad la verdadera causa de esta tutela romana. De resto, la mujer administraba libremente su patrimonio, y por lo tanto el tutor ni debía rendir cuenta ni había lugar a las acciones que se derivaban de la tutela de los impúberos y que anteriormente hemos examinado. Con el progreso del derecho fué cayendo en olvido esta tutela de las mujeres, fundada solamente en principios egoístas, como lo hemos visto. Los Pretores, comenzaron por obligar a los tutores a dar su *autoritas* en los actos que la mujer en tutela quería ejecutar, y por medio de una acción aquélla podía colocarse voluntariamente bajo la *manus* de una persona de su libre elección, a condición de que ésta usara sólo de tal poder para emanciparla. Libre ya la mujer por este medio, tenía por tutor a su manu-

misor, y por lo mismo que ella lo había escogido con el objeto de que no le pusiera trabas en la administración y disposición de sus bienes, no le quedaba a esta clase de tutor otro recurso que complacer a la mujer. Tenía ésta un medio seguro de garantizarse su independencia, y era, que cuando este tutor le negaba su *auctoritas*, la mujer podía renovarlo. Sólo hasta la época de Claudio permaneció en pie la tutela legítima de la mujer, pues aquél Emperador abolió la tutela legítima de los agnados, quedando sólo la del patrono y la del padre manumisor, hasta que en la época de Valentiniano II, dos y medio siglos más tarde, las mujeres fueron admitidas a desempeñar la tutela de sus hijos o de sus nietos, lo que induce a pensar que ya para entonces no estaban ellas en tutela. [26]

---

(26) Pueden consultarse, preferentemente, Accarias, obra citada, tomo citado; Henri Staedtler, "Cours de Droit Romain", Tomo I; Ortolán, "Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano", Tomo I.

CAPITULO XI

CURATELA

Objeto y fines de la curatela.—Locos.—Pródigos y menores de 25 años.—Reglas de la tutela aplicables a la curatela

A pesar de la institución protectora de la tutela, los romanos conocieron otra, que por decirlo así, le servía de complemento a aquélla. Llamábanla curatela, que se derivaba de *cura* o *curatio*, por ser un poder protector creado en favor de las personas que, por una causa particular, o por un accidente, carecían de capacidad jurídica para representarse, hacer valer sus derechos y velar por la conservación de su patrimonio. En el fondo, pues, la curatela fué creada para aquellas personas que, siendo capaces jurídicamente hablando, no lo eran, sin embargo, en el hecho, porque alguna circunstancia accidental les impedía usar de su capacidad. Dos circunstancias requeríanse, principalmente, para la curatela: la primera, que se trata-

se de una persona *sui juris:* la segunda, que esa persona hubiera salido de la pubertad. Las leyes de las XII Tablas reglaron el punto; y según ellas, dábaseles curador al demente, en primer término, y en segundo lugar al pródigo, a quien la ley asimilaba al primero. Debía ser permanente la incapacidad del púbero *sui juris,* pues bastaba que el demente tuviese intervalos lúcidos, y que éstos quedasen bien comprobados, para que el incapaz saliese de la curatela. Roma colocaba también bajo curatela al menor de 25 años. La ley Plaetoria, promulgada el año 561 de Roma, había hecho una distinción entre los mayores y los menores de 25 años, y a estos últimos los había protegido de los peligros y fraudes a que los exponía la inexperiencia propia de la juventud, castigando con pena pecuniaria e infamante, a los que habían engañado a un menor, y dándoles a éstos el derecho de oponer una excepción que emanaba de la citada ley misma, *exceptio legis Plaetoria,* y que podían hacer valer contra la acción que contra ellos se intentara para obligarlos a ejecutar alguna obligación. Acordaba dicha ley también, a los menores de 25 años, la facultad de pedirle al Pretor el nombramiento de un curador para un asunto determinado, y así, el que contrataba con el menor, asistido de su curador, contrataba segura y sólidamente. Bajo Marco Aurelio el nombramiento de

curador se hizo obligatorio para ciertos actos especiales, como pasaba, por ejemplo, cuando se trataba de alguna enajenación, de donde resultó no sólo que el Pretor llegó a nombrar de oficio el curador cuando el menor no lo solicitaba, sino que se generalizó la costumbre de que los menores tuviesen un curador, no sólo para todos sus asuntos en general, sino de una manera permanante y no accidental, o cuando el menor debía comparecer en juicio, o se le rendían las cuentas de la tutela, o cuando se hacía arrogar, o cuando el tutor, al cesar en sus funciones, recomendaba al pupilo que hiciese nombrar un curador. Debemos observar que la curatela del pródigo no se aplicó en el derecho primitivo romano sino cuando se trataba de los bienes que provenían del padre o del abuelo; de modo que al liberto, que por lo mismo que había nacido en esclavitud, no tenía padre, no se aplicaba la curatela. Pero el derecho pretoriano modificó el rigor de esta regla, e hizo extensiva la institución a la generalidad de los bienes, cualquiera que fuese su origen. De aquí, pues, que desde entonces los libertos se aprovecharan de la previsiva institución legal de la curatela. Además de las personas en estado de demencia, del pródigo y del menor de veinte y cinco años, que estaban en curatela, como acabamos de establecerlo, también se les daba curador en Roma a las personas a

quienes una enfermedad permanente, como era la sordo-mudez, por ejemplo, les impedía que velasen por sus propios intereses. El ciego no entraba en este número, porque podía libremente escoger la persona que podía administrar sus bienes. Podemos recordar también, como ya lo hemos examinado al estudiar la tutela, que, en casos excepcionales, el impúbero sometido a ella recibía también un curador, como sucedía cuando el tutor estaba momentáneamente impedido de cumplir sus funciones, o cuando el pupilo tenía que litigar con su tutor y lo mismo mientras duraba el juicio de remoción de aquél. Debemos decir, por último, que a los hijos que estaban concebidos, aun cuando no hubieran nacido, se les podía nombrar un curador, el *curator ad ventrem*, que decían los romanos; [1] y entre estas curatelas *ex aliis caussis*, como allí decían, pudieran también citarse la *cura bonorum*, o sea la administración de los bienes de un fallido, y la herencia yacente, que son ya medidas de protección tomadas, no en interés de una persona física, sino para velar por la conservación de un patrimonio en que tenía interés un grupo de acreedores, como pasaba en las quiebras, o uno o muchos herederos, como pasaba en el caso de la herencia yacente.

---

(1) Esta institución existió hasta una época reciente en la legislación venezolana, pero desapareció por ser considerada, y con razón, ofensiva para la mujer.

La curatela en Roma era legítima o dativa; a esta última la llamaban honoraria, porque era el Pretor quien hacía el nombramiento. Curatela testamentaria, propiamente hablando, no la había, y de aquí la regla: *curator testamento non datur*. Sucedía a veces que algún *pater familias* designaba en testamento a algún curador; pero sin la confirmación del nombramiento por el Magistrado, aquella designación no producía efecto legal alguno. Algunos Decretos Imperiales llegaron a ordenar al Pretor que en tal caso debía confirmar el nombramiento de curador hecho por el padre, en la citada forma del testamento, y desde entonces, en cierto modo, podía decirse, que había curatela testamentaria; pero difería ésta de la tutela del mismo nombre, en que el nombramiento de tutor, hecho por el padre en un testamento válido, no necesitaba de la confirmación del Magistrado, al paso que era esencial dicha confirmación en el caso de curador dado en testamento. La curatela era pues propiamente, legítima y dativa en Roma. Las leyes de las XII Tablas designaban al agnado más próximo para ejercerla; pero con los progresos del derecho esta curatela legítima fué cayendo en olvido y sólo quedó la dativa. Por lo demás, las mismas condiciones de capacidad que se exigían en la persona de los tutores, debían reunirse en la de los curadores.

La curatela terminaba:

1º—Por la muerte del incapaz.

2º—Por su *capitis deminutio,* mínima que fuera, porque no podía estar en curatela sino el que era *sui juris.*

3º—Cuando cesaban las causas que habían dado lugar al nombramiento del curador.

4º—Cuando el menor recibía del Príncipe la *venia aetatis,* que decían en Roma, la que según Constantino no podía acaecer antes de los veinte años, en los hombres, y diez y ocho años en las mujeres. En cuanto al curador, terminaba en los casos en que cesaba para el tutor.

Respecto a las funciones del curador había una regla en el derecho romano que decía así: *tueri debet non solum patrimonium sed et corpus et salus priorisi;* de modo que cuando el estado del incapaz exigía una atención especial, el primer deber del curador era velar porque tales cuidados le fueran prestados a aquél, a fin de que recobrase su capacidad. Cuando se trataba de menores, por el contrario, el curador no tenía que atender sino a la administración de los bienes de dichos menores. Tal era el principio que debemos dejar sentado, siempre que el cargo de curador no se diera accidentalmente, ni para un asunto especial, pues en la época anterior a Marco Aurelio, en

que esto último sucedía, la función del curador se limitaba al asunto especial para que había sido nombrado. De dos modos cumplía el curador su encargo de administrar: podía obrar en representación del menor mismo, o podía dar su consentimiento, *(consensus)*, al acto que aquél ejecutaba. Había casos en que esto último era del todo imposible, y sólo lo primero era lo que podía efectuarse, como sucedía en el caso del loco. En cuanto al consentimiento de que se ha hablado, difería de la *auctoritas* de la tutela, en que podía darse con anterioridad al acto que el menor debía ejecutar, o bien por carta, o por medio de un mandatario, y más tarde, hasta por simple ratificación del curador. En cuanto a la administración misma, regían los mismos principios que para la administración de la tutela: la responsabilidad del curador era, en este punto, igual a la del tutor; las restricciones que éste tenía en cuanto a poderes de enajenación, las tenía también el curador, y uno y otro debían prestar las mismas garantías legales. Las acciones mismas que se derivaban de la curatela eran del todo análogas a las que emanaban de la tutela: había una acción directa de curatela y una acción contraria: *actio curae et contraria,* del mismo modo que la *actio de rationibus distrahendis.* [2]

---

(2) Pueden consultarse las obras citadas en el Capítulo anterior.

Nota.—La curatela es también institución que ha pasado al derecho venezolano: el mayor de edad y el menor emancipado, que se encuentren en estado habitual de defecto intelectual, que los haga incapaces de proveer a sus propios intereses, son sometidos a lo que la Ley llama interdicción que es, justamente, la curatela romana, bien que en ésta el incapaz no debía tener intervalos lúcidos, al paso que esta regla está derogada en nuestro derecho. El entredicho, según la ley venezolana, queda bajo tutela, y de aquí que, como pasaba en Roma, las disposiciones relativas a la tutela de los menores sean comunes a la de los entredichos en cuanto sean adaptables a la naturaleza de ésta. De aquí, también pues, que las disposiciones relativas a inventario, caución, rendición de cuentas, inhabilitación, remoción y excusas establecidas para la tutela de los menores, rijan también para esta tutela de los entredichos. Como en Roma, la primera obligación de esta clase de tutor en el derecho patrio, es cuidar de que el incapaz adquiera o recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar, principalmente, los productos de sus bienes. En Roma, como lo hemos visto, el pródigo era asimilado al furioso y era sometido como éste a curatela. En nuestro derecho el débil de entendimiento, cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción, y el pródigo, pueden ser declarados por el Juez de Primera Instancia inhábiles para estar en juicio, y ejecutar actos que excedan los límites de una simple administración, tales como celebrar transacciones, tomar a préstamo, enajenar o hipotecar sus bienes. Para que tales actos sean válidamente ejecuados, se requiere la intervención de un curador especial, que nombra el mismo funcionario referido; pero cuando el estado de las personas, en cuyo provecho se ha dictado la medida a que nos contraemos, es tal que hasta los actos mismos de una simple administración puedan perjudicarlas, el Tribunal puede llegar a disponer la intervención del curador, también para estos mismos actos. El sordo-mudo, el ciego de nacimiento o el que hubiere cegado durante la infancia, llegados a veintiún años, quedarán sometidos de derecho a la misma incapacidad, a menos que el Tribunal los haya declarado hábiles para manejar sus negocios. Según la ley venezolana el padre o la madre pueden nombrar tutor por testamento, previendo el caso de interdicción del hijo. Cuando tal designación no ha sido hecha, el cónyuge mayor de edad es *ipso jure tutor* de su cónyuge entredicho, y a falta de cónyuge lo son, respectivamente, el padre y la madre del mismo entredicho. Si no existen estos tutores legítimos, el Juez hace el nombramiento de tutor, del propio modo que le tocaba al Pretor hacerlo en Roma. Cuando el motivo que ha dado lugar a la interdicción o a la inhabilitación ha cesado, cesa también la tutela del entredicho. Ahora bien, si el entredicho o inhabilitado han efectuado algún acto para el cual se exige la intervención del tutor o curador, y éstos no han intervenido, dicho acto es nulo de derecho, en el primer caso, y

anulable solamente en el segundo, lo cual está de acuerdo con las reglas que tenemos sentadas en cuanto a requisitos esenciales para la validez de los actos de los incapaces, siendo de advertir, sin embargo, que dando la ley venezolana la acción rescisoria, de que hemos hablado, para anular tanto los actos de los entredichos como los de los inhabilitados, y durando esta acción cinco años, que se cuentan desde que el decreto de interdicción ha sido revocado, en realidad, el acto ejecutado por el entredicho, es sólo anulable, y no nulo de pleno derecho. Debemos establecer, por último, que los tutores legítimos de que hemos hablado, están exentos de presentar todos los años al Tribunal un estado de la administración de los bienes pertenecientes al entredicho, aun cuando no lo están de presentar la cuenta final de la tutela. (Artículos 420 y siguientes del Código Civil).

CAPITULO XII

DE LA CAPITIS DEMINUTIO

La *capitis deminutio,* en el derecho romano, no era sino la pérdida total o parcial del estado que se tenía, según la expresión de Accarias; o un cambio en el estado de una persona, como dicen Lariche y Bonjean. Hemos examinado, anteriormente, el valor jurídico de la expresión *caput,* de que se valían, originariamente, los romanos para indicar lo que, más tarde y definitivamente, se llamó persona, y se recordará que dijimos que estaba compuesta la personalidad jurídica romana de tres elementos, a saber: la libertad, la ciudadanía y la familia. Empleábase también la expresión *status,* como sinónima de *caput,* y de aquí el término de estado en el lenguaje mismo de nuestros días, para designar el lugar que ocupa el individuo en la familia y en la sociedad: estado de casado o de soltero, de padre o de hijo, de tutor o de pupilo. La plena capacidad jurídica la integraban, como queda di-

cho, los tres referidos elementos, y lo que se entendía por *capitis deminutio* no era sino la pérdida total o parcial del estado que se tenía, siendo de advertir que no siempre esta disminución de cabeza significaba una reducción, digamos, de la personildad jurídica, sino una transformación, de donde podía resultar una capacidad jurídica mayor que la que antes se tenía. Este concepto de los tres elementos que constituían la personalidad o el estado de una persona, había conducido a las nomenclaturas que ya hemos examinado anteriormente, de hombres libres y esclavos, de ciudadanos y extranjeros o peregrinos, de *sui juris* y *alieni juris*. De aquí, pues, que la persona en Roma que perdía la libertad, sufriera una *capitis deminutio*, que se llamaba máxima, porque equivalía al aniquilamiento completo de la personalidad jurídica, y en otros términos, a la muerte civil. [1] Cuando era solamente la ciudadanía la que se perdía, decíase que entonces la *capitis deminutio* era media, y el nombre de la persona quedaba borrado de las listas del Censo. Debemos observar en este punto que la expresión *caput* significaba también capítulo, de donde han deducido algunos expositores de derecho romano, que

(1) Los expositores que toman al pié de la letra la metáfora de Gayo: *civili ratione capitis deminuti morti coaequatur*, sostienen que toda *capitis deminutio* acarreaba la muerte civil, aun cuando luégo, en ciertos casos, resucitaba la personalidad. Véase Girard, obra citada.

la expresión *capitis deminutio* venía de que cada ciudadano tenía un *caput* o capítulo abierto en las Tablas del Censo, en que se inscribía, como sabemos, el nombre de esa persona, el número de sus hijos, y el monto de su fortuna. Ahora bien, cuando un ciudadano perdía la libertad o la ciudad, su capítulo quedaba suprimido de dichas tablas, y había para él la supresión de capítulo, o sea *capitis deminutio.* Accarias es contrario a esta explicación, que aún cuando la cree muy sabia, la considera simple conjetura. Pero muchos otros autores la comparten. Cuando lo que sucedía era que el individuo pasaba de una familia a otra, decían los romanos, que había una *capitis deminutio* mínima, que como antes lo hicimos notar, podía ser que resultara para una persona en la adquisición de mayor capacidad jurídica, como sucedía con la emancipación. En efecto, el emancipado sufría una *capitis deminutio* mínima, que le hacía perder la familia, pero para pasar a ser *sui juris.*

La *capitis deminutio* máxima tenía su fuente en todas las causas que, tanto por el derecho antiguo, como después, y tanto en Roma, como fuera de Roma, podían acarrear la pérdida de la libertad. Podía también resultar del derecho de gentes, como pasaba cuando el prisionero de guerra volvía a Roma fuera de las condiciones del *postliminium,* porque si regresaba con

arreglo a esas condiciones, y podía invocar ese derecho, era claro que no perdía su libertad, y de consiguiente, no podía sufrir la máxima disminución de cabeza. Sucedía otro tanto cuando el romano moría en el cautiverio, en virtud de lo establecido por la ley Cornelia de que hablamos en el lugar correspondiente. Respecto de la *capitis deminutio* media, debe observarse que no sólo podían sufrirla los ciudadanos romanos, que era el caso más general, sino también aquellas personas a quienes Roma les había reconocido la ciudadanía, y lo mismo respecto de los miembros de las ciudades latinas. Con relación a la *capitis deminutio* mínima, podía resultar de una serie de cambios que ocurrieran en el estado de familia que tenía la persona que sufría dicha disminución de cabeza. La mujer *sui juris*, por ejemplo, que sometida a la patria potestad de su padre natural contraía un matrimonio *in manus*, padecía una *capitis deminutio* mínima. *El pater familias* que convenía en ser arrogado, sufría también una mínima disminución de cabeza, y pasaba otro tanto cuando se trataba de la legitimación o de la revocación de una emancipación. Otras veces no era ya un *sui juris* quien dejaba de serlo como pasaba en los casos que quedan analizados, sino un cambio de una familia a otra en que seguía siendo *alieni juris* la persona que sufría la *capitis deminutio*.

Pasaba así, cuando la hija de familia, sometida, desde luego, a la patria potestad de su padre natural, pasaba a la patria potestad del padre del marido por virtud de un matrimonio *in manus.* Tal era el caso también del hijo del arrogado que, estando antes sometido a la patria potestad de éste, pasaba, por causa de esta arrogación, a la patria potestad del arrogante. Igual cosa sucedía con el que estando en patria potestad pasaba a estar *in mancipio,* o con el que estando en este último estado volvía a caer de nuevo bajo la patria potestad. Otras veces era un *alieni juris* quien se hacía *sui juris,* como pasaba en los casos en que se salía del *mancipium,* sin caer de nuevo en la patria potestad, y como sucedía en el caso del emancipado, que citamos anteriormente, para hacer ver que la *capitis deminutio* mínima podía envolver más bien un aumento de la capacidad jurídica. Sentados estos principios debemos examinar ahora los efectos que producía en Roma la *capitis deminutio.*

Accarias al estudiar estos efectos hace una división fundamental de derechos no apreciables en dinero y derechos pecuniarios. Coloca entre los primeros a la agnación, que quedaba disuelta por la *capitis deminutio* y que acarreaba la pérdida de la patria potestad y de la tutela, del mismo modo que la de las herencias deferidas a los agnados. Debe observarse en este

punto que el Emperador Anastasio le había conservado al emancipado una parte o la totalidad, según los casos, de las herencias legítimas de sus hermanos y hermanas, acordándole, además, la tutela de estas mismas personas y de sus hijos, por lo cual observa el autor citado, que en esta medida, es exacto decir que la agnación sobrevivía a la *capitis deminutio.* La gentilidad, y la extinción de los *jura patronatus,* también estaban colocados entre los derechos no apreciables en dinero, que extinguía la *capitis deminutio.* De manera que si era el patrono quien sufría la *capitis deminutio,* no tenía derecho a que el liberto cumpliera con las obligaciones que le imponía la manumisión, pero debía siempre la *reverentia* al patrono, a menos que éste hubiera perdido la libertad o la ciudadanía. En el testamento pasaba otro tanto. El que había sido hecho con anterioridad a la *capitis deminutio* se hacía nulo, de manera que debía rehacerlo el testador si la *capitis deminutio* sufrida no le había arrebatado el derecho de hacer el testamento.

En cuanto a los derechos apreciables en dinero, observa el mismo Accarias, que todos los que tenían un carácter, digamos *intuitu personae,* desaparecían, como pasaba con las *operae* que el liberto le prometía al patrono, y con el contrato de sociedad, y con la *adstipulatio* o con el derecho de usufructo, y también

con el que emanaba de la *litis contestatio* en algún proceso que el *capite minutus* hubiera intentado antes de la *capitis deminutio,* porque todos estos derechos tenían un carácter personal.

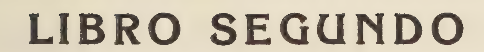
Respecto de las deudas del *capite minutus,* la ley romana hacía una distinción: si la deuda provenía de un delito, subsistía dicha deuda, porque unida en el fondo, a una idea de venganza que estaba ligada a la persona física del culpado, lógicamente debía subsistir cuando era sólo la persona jurídica la que se extinguía. Pero las demás deudas quedaban extinguiguidas según el derecho civil, lo cual, de aplicarse en todas sus consecuencias y de perpetuarse en la práctica, hubiera equivalido a consagrar un despojo inicuo. De aquí, pues, los temperamentos introducidos por el derecho pretoriano para moderar el rigor de esta doctrina. Los Pretores, en consecuencia, cuando se trataba de la máxima o de la media disminución de cabeza, les daban a los acreedores una acción útil contra el particular o contra el Fisco, según que el uno o el otro hubieran llegado a ser los poseedores de los bienes del *capite minutus,* si querían eludir la responsabilidad por el total de las deudas, pues entonces los acreedores obtenían que se les pusiera en posesión del patrimonio del deudor. En realidad, pues, el adquiriente de los bienes del *capite minutus* tenía, en el

fondo, una ventaja igual a la que tenía el heredero con el beneficio de inventario, que examinaremos en el lugar correspondiente. Cuando se trataba de la *capitis deminutio* mínima, entonces el Pretor le daba al acreedor una acción útil contra el *capite minutus* mismo, que era calificada de acción ficticia, porque el Magistrado fingía la capacidad del demandado, teniendo por no verificada la *capitis deminutio* en lo relativo a las relaciones jurídicas entre el acreedor y el deudor. El derecho pretoriano, pues, había corregido el rigor del derecho civil. En verdad no daba éste ninguna acción contra el *capite minutus* que había padecido ya la máxima ya la *capitis deminutio* media, pero los acreedores no quedaban defraudados, porque tenían la acción útil contra los que se habían favorecido patrimonialmente por aquella disminución de cabeza de su deudor. Y cuando la *capitis deminutio* era mínima, acción civil contra el deudor no la había, pero en cambio había contra él la acción pretoriana ficticia a que acabamos de referirnos.

Cabe observar con todo que había una serie de relaciones jurídicas que consistían, según las expresiones de que se valían los romanos, *in facto potius quam in jure,* y que no se extinguían con la *capitis deminutio.* Así pasaba, por ejemplo, con los vínculos de la cognación que tenían su fuente en la naturaleza. Ob-

serva Girard, en este punto, la confusión en que incurrió Justiniano al sentar que la cognación quedaba destruida por la *capitis deminutio* máxima y media, cuando en realidad aquélla no tenía nada que hacer con éstas. Lo que pasaba, por ejemplo, con el matrimonio y con el parentesco que aparentemente quedaban aniquilados con las referidas pérdidas de estado, no era sino que esas relaciones jurídicas debían su existencia jurídica a ciertas condiciones que no tenía el *capite minutus.* La pérdida de la libertad tenía que destruir las relaciones jurídicas de las *justae nuptiae,* porque éstas no habían sido creadas sino para el hombre libre, del propio modo que existía el contubernio para el esclavo. Y cuando era la ciudadanía la que se perdía, pues entonces lo que pasaba era que el matrimonio de los ciudadanos se convertía en una unión de derecho de gentes, que era la única compatible con el hecho de no ser el marido un ciudadano romano. Esto mismo era lo que pasaba con los derechos políticos, que no era que la *capitis deminutio* máxima o media los destruyese, sino que el ejercicio de esos derechos tenía por base la libertad y la ciudadanía. Había también otras relaciones que quedaban en pie, como pasaba con la dote aportada por la mujer, y de la que seguía siendo deudor el marido que sufría la *capitis deminutio.*

Ahora bien, Justiniano conservó la *capitis deminutio* máxima y media, con las consecuencias que ellas tenían, y que quedan analizadas. Respecto de la *capitis deminutio* mínima, tiene razón Accarias al sentar que bajo este Emperador no tenía sino el valor de un recuerdo histórico, no porque hubiera desaparecido de la legislación propiamente, sino porque en el fondo, todos los efectos que producía antes habían ido quedando reducidos a la nada. La *mutatio familiae,* como observa el autor citado, implicaba absolutamente una organización artificial de la familia que tenía su apoyo en la agnación, y ya esta organización había desaparecido cuando la Novela 118 la suprimió sustituyéndola por la organización natural de la familia cognada.



LIBRO SEGUNDO

CAPITULO I

COSAS

Cosas: su sentido jurídico—Cosas que están en el comercio, y cosas que están fuera de él.—Cosas públicas y res universitatis.—Cosas sagradas, religiosas y santas. Res singulorum y res nullius.—Cosas corporales e incorporales.—Cosas muebles e inmuebles.—Cosas fungibles y no fungibles.—Cosas divisibles e indivisibles. Cosas simples y compuestas.—Cosas principales y accesorias.—Cosas mancipi y nec mancipi

Hemos estudiado hasta ahora el sujeto, o sea la persona en cuyo favor se creaba un derecho. Pasemos ahora a estudiar el objeto de ese derecho, que era la cosa sobre la cual recaía aquél.

La palabra cosa significaba en el derecho romano, el objeto animado o inanimado, o el cuerpo exterior que podía ser objeto de algún derecho: una simple concepción intelectual, de creación puramente legal, era también una cosa, aun cuando fuese incor-

pórea. Esto era en un sentido general, en que la expresión cosa llegaba a comprender todo lo que existía, o sea, no sólo toda entidad objetiva, sino también la ideal o abstracta. En un sentido más restrictivo era cosa, todo lo que pudiendo procurarle alguna utilidad al hombre, era susceptible de apropiación. Pero en realidad cosa, en un estricto sentido jurídico, era todo aquello que podía ser objeto de derechos y de obligaciones. Ahora bien, debemos advertir que las Institutas de Justiniano no daban una definición de lo que se entendía por cosas; y comoquiera que el método que aquéllas siguieron en la exposición de esta materia, ha sido objeto de críticas justificadas, no seguiremos estrictamente el orden que ellas traen.

Para simplificar la materia diremos que las cosas que eran susceptibles de propiedad o de dominio, se dividían en cosas que estaban en el comercio, y en cosas que estaban fuera de él. Pertenecían a la primera categoría, las cosas que eran susceptibles legalmente de una apropiación por parte del individuo y las cuales por lo tanto formaban parte del patrimonio de ese individuo. La palabra patrimonio debemos aquí entenderla en el amplio sentido que tenía en Roma, que era cuando se quería designar las cosas que podían corresponder a los individuos, y no en el sentido estricto que allí mismo tenía, cuando se quería designar,

solamente, los bienes que le venían al hijo por herencia paterna. Todo lo que la ley permitía que se adquiriera, y sobre lo cual podía existir un derecho de propiedad, era lo que se denominaba cosas que estaban en el comercio de los hombres. En cambio, aquellas sobre las cuales no podía una persona, o mejor dicho, un particular, tener un derecho de propiedad exclusivo, eran las que estaban fuera del comercio, como pasaba con las cosas comunes, las públicas, las de universidad, y las de derecho divino. Los romanos se valían de expresiones inequívocas para designar las cosas que estaban en el comercio a las que denominaban *bona, pecunia, res privates, res singulorum.* Las otras eran *res*, pero ni *bona* ni *pecunia.*

Las cosas comunes eran aquellas que por su naturaleza no pertenecían ni podían pertenecer exclusivamente a nadie: como el aire, el mar, las playas y el agua corriente: *aqua profluens.* La nomenclatura de cosas comunes y públicas fué tomada de Marciano y no de Gayo, y ha sido censurado el colocar el agua corriente entre las cosas comunes, pues aun cuando ciertos ríos fueran considerados en el derecho de Justiniano como cosas públicas, otros, al menos, fueron considerados como objetos de una apropiación privada. (1) Lo que podía hacerse con ellas era utilizarlas,

---

(1) La mejor crítica y examen de este punto está en Bonfante: Corso de Diritto Romano, Volumen II.

cuidarlas, porque se consideraban creadas para todo el mundo. De estas cosas ninguno podía físicamente tener su dominio, sino el derecho de aprovecharlas, que era común a todos. De aquí, pues, que en Roma se requería un permiso especial que daba el Pretor para edificar en la costa del mar y siempre por supuesto que el edificio no interrumpiera el libre paso de las costas, ni perjudicara la navegación. Es de observar que este permiso era temporal, pues existía mientras estaba en pie el edificio.

Las cosas públicas, *(res publicae)*, que decían los romanos, eran aquellas cuya propiedad correspondía al Estado, a la Provincia, o al Municipio, perteneciéndoles su uso a todos los individuos de ese Estado, Provincia o Municipio. En este caso estaban: las plazas públicas, las calles de una ciudad y los puertos abiertos al comercio en general. [2] También se consideraban cosas públicas, los ríos navegables; pero no así un arroyo o fuente que bien podía ser susceptible de propiedad particular. [3] Las márgenes de los ríos, aun cuando podían ser de la propiedad de los dueños de los predios ribereños, eran también públicas en cuanto al uso de esas mismas riberas. Las costas del mar, o las playas del mar eran, pues, cosas comunes, al

(2) Artículos 516 y 517, Código Civil citado.

(3) Artículo 517, Código Civil Venezolano.

paso que las riberas de los ríos, eran públicas. Aquí la palabra pública de que se valían las Institutas no tenía el sentido amplio que abarcaba, por ejemplo, a las cosas comunes a que acabamos de referirnos, sino un sentido más limitado que las circunscribía a las cosas que pertenecían a un pueblo. De aquí que fuera el pueblo, propiamente, el dueño de estas cosas, aun cuando el uso de ellas les correspondiera a los individuos que componían ese pueblo. El derecho romano por estas razones consideraba que era de todos el derecho de pescar en los ríos y en los puertos, y a fin de que nadie pudiera impedir el libre curso de la navegación de un río, por ejemplo, cuya propiedad era del pueblo que atravesaba el río, aun cuando el agua corriente de ese mismo río fuera una cosa común, exigía un permiso especial para edificar, como pasaba con las orillas del mar.

Las *res universitatis* o cosas de universidad, como se decía, eran aquellas cuyo dominio le pertenecía a una corporación, siendo su uso común a todos los individuos de la misma, como pasaba con las cosas que pertenecían a un Municipio o a algún otro Cuerpo legalmente permitido. Los teatros que existían en Roma, así como los estadios donde se ejercitaba el romano para la carrera y las termas públicas, y así otras cosas más, eran llamadas *res universitatis.* Estas cosas de

universidad cuyo uso era común a todos los individuos, como hemos visto, eran enteramente distintas de lo que los romanos llamaban *patrimonium universitatis,* formado por los bienes que servían de renta a una corporación y que no podían ser usados por cada uno de sus individuos exclusivamente. Estas personas jurídicas debían su existencia a alguna Ley o Senado-Consulto o Constitución Imperial que las creaba, y que eran las fuentes de donde emanaba la existencia legal que tenían, porque el Estado se reservaba solamente el derecho de examinar sus tendencias antes de darles existencia jurídica. [*]

Las cosas de derecho divino se dividían en: sagradas, religiosas y santas. En el pensamiento de los jurisconsultos clásicos, como lo observa el mismo Bonfante, [4] las cosas sagradas eran las que se consagraban a los dioses superiores: las religiosas, a las divinidades inferiores, o sea, los *manes* de los difuntos; pero en los últimos tiempos de aquellos mismos jurisconsultos, y lo mismo en el derecho bizantino, la cualidad de

(*) La Nación, las Entidades políticas que la componen, las iglesias, universidades, y, en general, todos los séres o cuerpos morales de carácter público, son personas jurídicas y por lo tanto capaces de obligaciones y derechos, según la Ley de Venezuela, (artículo 17, Código Civil). Respecto de las asociaciones lícitamente establecidas adquirirán personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus Estatutos. (Mismo artículo precitado).

(4) Autor citado, obra y tomo citado.

lo sagrado incluía también el carácter de religioso, bien que no lo contrario, por lo cual se hizo propiamente un empleo promiscuo de ambos vocablos. En la misma época quedó también acentuada la oposición entre lo que era profano y lo que tenía el carácter de religioso y sagrado.

Puede decirse que, principalmente, eran cosas sagradas los templos y las ofrendas solemnes a los dioses superiores y, después de la época de los Emperadores Cristianos, las cosas destinadas al culto de Dios de acuerdo con los ritos de la religión católica, como pasaba con los templos, los vasos sagrados, ornamentos y demás. Estas cosas no podían enajenarse ni venderse, siendo de observar que en casos especiales se permitía la enajenación, como pasaba en la época de Justiniano, cuando se trataba de la paga de una deuda que debía hacer la Iglesia, o cuando el acto tenía por objeto el socorrer a los pobres en tiempo de hambre, en cuyo caso era especialmente autorizada la venta de estas cosas. Tanto en la época del paganismo como en los tiempos del Cristianismo, la consagración de una de estas cosas no podía hacerse por la voluntad del consagrante, sino por una Ley, un Senado-Consulto, o una Constitución Imperial. El Pontífice Máximo era, originariamente, el encargado de cumplir las ritualidades de la consagración, previo el consenti-

miento que daba el pueblo por medio de una Ley o de un Plebiscito: después, como ya se notó, el Senado o el Emperador reemplazaron el voto que daban antes los Comicios. Debe también tenerse en cuenta que en la última época se denominaban cosas eclesiásticas, las destinadas al mantenimiento de los ministros del culto y al auxilio de los pobres, pero a estas cosas no les eran aplicados los principios que regían las cosas sagradas. Estas eran inviolables en el derecho romano, y su apropiación constituía un sacrilegio.

Las cosas religiosas, eran las que estaban consagradas a los dioses manes que eran los dioses inferiores, y durante el paganismo, técnicamente no abarcaban sino a los sepulcros. En el Cristianismo, las cosas religiosas eran los cementerios. Requeríase que todos los que tenían derecho sobre el lugar en que se había hecho el enterramiento, hubieran prestado su consentimiento para la inhumación, sin lo cual el lugar no era religioso, a menos que en el terreno, cuya propiedad fuera de varios, existiera un lugar ya destinado a enterrar. Respecto a un sepulcro vacío no se lo consideraba cosa religiosa por sí sólo, sin que se cumpliese el requisito del sepelio llevado a cabo con la intención de que en ese sepulcro reposara el cuerpo definitivamente. No era necesario tampoco que la inhumación hubiese sido de todo el cuerpo: bastaba que

hubiese sido de la cabeza solamente. No importaba, por lo demás, que fuera el cuerpo de un hombre libre o el de un esclavo el que hubiere sido sepultado, para que el lugar se considerase como cosa religiosa. Pero no pasaba así con el sepulcro del enemigo, que no era tenido por cosa religiosa.

Las cosas santas eran aquellas cuya violación se castigaba con una pena: los Tribunos de la plebe eran sacrosantos en Roma, y el que atentaba contra ellos servía de víctima que se consagraba a los dioses infernales. Los Embajadores eran considerados santos, de donde se deducía que el que los injuriara que fuera, quedaba como esclavo del pueblo, representado por el ofendido. Las murallas y las puertas de una ciudad eran también santas y se castigaba con pena de muerte a quien las violaba.

Las cosas que estaban en el comercio las dividían los romanos en *res singolurum,* porque podían ser adquiridas por los particulares, y *res nullius,* con lo que se designaba a las cosas que no tenían dueño, ya porque nadie se había apoderado de ellas, como pasaba con los animales salvajes y con las islas que surgían en el mar, o porque el que tenía la propiedad de ellas las había abandonado y la cosa se hacía derelicta.

Otra división de las cosas en Roma era: cosas corporales e incorporales. Las primeras eran las que po-

dían tocarse, e incorporales los derechos, que aun cuando eran cosas desde el punto de vista jurídico, no lo eran desde el punto de vista de nuestros sentidos, como pasaba, por ejemplo, con un crédito contra una persona, una herencia, o un usufructo. El interés de la división consistía en que las cosas corporales eran susceptibles de ser poseídas y de adquirirse su propiedad por usucapión, como decían los romanos, al paso que, respecto de las cosas incorporales, no había posesión propiamente, sino el ejercicio del derecho incorpóreo por medio de lo que el derecho pretoriano llamaba cuasi-posesión. De aquí también que por analogía se admitiera la cuasi-tradición de los derechos. Las cosas corporales se dividían en muebles e inmuebles. [5] Entendíase por cosas muebles las que podían llevarse de un lugar a otro sin cambiar de forma ni de sustancia. [6] Cuando estas cosas se trasladaban de un punto a otro por sí solas, como pasaba con los animales, se las llamaba semovientes. [7] Las inmuebles eran las que no podían trasladarse del lugar sin cambiar su forma y sustancia. [8] Todas estas cosas eran inmuebles por naturaleza; pero sucedía en Roma, como pasa

---

(5) Artículo 497, Código Civil citado.

(6) Artículo 509, Código Civil citado.

(7) Artículo 509, Código Civil citado.

(8) Artículo 499, Código Civil citado.

igualmente en el derecho contemporáneo, que cosas que eran por su naturaleza muebles, eran consideradas inmuebles en razón del destino que se les daba, o porque formaban parte de un inmueble, como sucedía con las estatuas, puertas, instrumentos de labranza utilizados en el cultivo de los fundos, o con la cosecha de los árboles mientras estaban adheridas a ellos. [9] De donde se deducía que, si los instrumentos de labranza, por ejemplo, eran retirados del fundo a cuyo cultivo estaban destinados, dichos objetos dejaban de ser inmuebles, lo cual sucedía también cuando el propietario recogía la cosecha de trigo y la llevaba a sus graneros. Debemos advertir, con todo, que algunos autores de Derecho Romano no admiten que lo que hoy es indiscutible en el derecho contemporáneo, en el punto que nos ocupa, lo hubiera sido también en Roma. Creen los referidos autores que las expresiones del derecho romano relativas a estas cosas accesorias, y principal y señaladamente, la expresión *fundi sunt,* daban a entender que, cuando se vendía o legaba el fundo, debía entenderse que todas estas cosas muebles que podían encontrarse en él le pertenecían, sin llegar a la teoría del derecho contemporáneo en que es indiscutible, como queda dicho, que por dispo-

(9) Artículos 501, 502, 505 y 506, Código Civil citado.

sición expresa de la ley hay un determinado número de cosas muebles que por su destino se las considera inmuebles.

Dividíanse también las cosas en fungibles y no fungibles. Generalmente se entendía por cosas fungibles las que se consumían por el primer uso que se hacía de ellas; y por no fungibles, las que estaban en el caso contrario. El trigo, según esto, era fungible; pero una hacienda, un fundo corneliano o tusculano, para hablar en lenguaje romano, eran cosas no fungibles. Pero esas definiciones han sido censuradas por algunos autores, y reemplazadas por éstas: cosas fungibles, eran las que podían ser sustituídas por otras del mismo género, como pasaba con una moneda corriente que podía sustituirse con otra, o con el mismo trigo citado, el aceite, y otras sustancias análogas, que podían ser reemplazadas por otras del mismo género; y, no fungibles, las cosas que no podían ser sustituídas por otras del mismo género. En realidad, las cosas fungibles eran las que no tenían una individualidad propia y distinta, al paso que las no fungibles sí la tenían. Por eso decían los romanos, para señalar a las primeras: *res quae numero, pondere, mensura consistunt,* viniéndoles el nombre de las expresiones que el jurisconsulto Paulo había empleado en uno de los fragmentos que aparecen en el Digesto.

Se dividían también en Roma las cosas en divisibles e indivisibles. Entendíanse por las primeras, las que podían ser divididas en varias partes sin perder ni su esencia ni su valor económico, al paso que las indivisibles eran las que estaban en el caso contrario.

Se dividían también las cosas en simples y compuestas. Las simples eran las que constituían un sér orgánico, aun cuando estuviera formado por varias partes: por ejemplo, un esclavo, un caballo, y también, según la expresión de Bonfante, aquellas cosas que en la conciencia y en los usos del pueblo se consideraban como una unidad, *quae uno spiritu continentur*, aun cuando esa unidad resultara de la reunión de varios elementos, pero con tal que en la común opinión se las considerase orgánicamente fundidas, como pasaba con una estatua, una planta, una piedra. Al paso que las cosas compuestas eran las que se presentaban más bien como una unión mecánica de cosas simples, como pasaba con un edificio, con un navío o con un armario. [10] En los primeros, la unión de los elementos componentes era la obra de la naturaleza; al paso que en las otras, era la obra del hombre.

Dividíanse también las cosas en principales y accesorias. Entendíase por cosa principal, tratándose de uniones físicas o jurídicas, la cosa que dominaba;

(10) Bonfante: Istituzioni de Diritto Romano.

y, accesoria, la cosa subordinada a la principal. Las puertas, las ventanas, las estatuas fijamente adheridas a una casa, eran cosas accesorias del inmueble que constituía la cosa principal.

Dividían, por último, los romanos las cosas en *mancipi* y *nec mancipi.* Esta división correspondía al antiguo Derecho Romano, y estaban ligadas al cumplimiento o no cumplimiento de las formas solemnes de la *mancipatio.* Lo que estaba más estrechamente unido a la vida del romano para sus necesidades, lo colocaba él entre las cosas *mancipi,* como pasaba con los fundos, las casas y los terrenos de propiedad de los ciudadanos romanos, aun cuando estuvieran en suelo itálico: los bueyes, las mulas y los asnos también, y en una palabra las bestias de carga, con tal de que estuvieran domesticadas. La servidumbre de paso y la de acueducto, también eran *res mancipi.* Fuera de estas cosas, todas las demás eran *nec mancipi,* mismo los inmuebles situados en las Provincias que no eran objeto de propiedad sino de posesión, y siempre que no les fuera aplicable el *jus italicum.* Las cosas *mancipi* eran, por otra parte, las que debían ser inscritas en el Censo por los ciudadanos romanos, y las que, para pasar de unas manos a otras, debían serlo mediante el estricto cumplimiento de fórmulas sacramentales y solemnes como era la de la mancipación. Como pue-

de fácilmente observarse, la nomenclatura, en examen, correspondía a la organización agrícola de los primeros tiempos, en que, precisamente, las cosas que se tenían entonces por más valiosas, eran las que merecían una tutela especial por parte de la ley, en el sentido de agruparlas en un haz que no sólo las hacían objeto de las adquisciones más preciosas, sino que sometía su trasmisión a formalidades más rigurosas. Pero después que la organización de los primeros tiempos cambió, perdió su interés práctico la citada nomenclatura, conservando apenas el histórico, hasta caer no sólo en desuso sino en abandono, por carecer para entonces de sentido. Antiguamente la palabra *mancipium* era sinónima de propiedad, y *mancipiodare* y *accipere* equivalían a dar y recibir en propiedad. Pero más tarde, en el derecho clásico, vinieron a significar lo que se daba o se recibía con la intervención de las formalidades de la *mancipatio.* [11]

---

(11) Una amplia exposición sobre la materia, no sólo respecto de esta nomenclatura de cosas *mancipi* y *nec mancipi,* sino relacionada con las demás divisiones de cosas en el Derecho Romano, se encuentra en la citada obra de Bonfante: "Corso di Diritto Romano", Tomo II.

CAPITULO II

DEL DOMINIO Y DE LA POSESION

Los romanos hicieron una división fundamental de los derechos en reales y personales: *jus in re,* y *jus ad rem.* Esta gráfica división nos da a entender, que el primero estaba directamente unido a una cosa, como si estuviera en ella misma, y de aquí que donde quiera que estuviese la cosa, consideraran ellos que estaba el derecho, como si dijéramos viajando con la cosa, de donde resultaba que su dueño podía reivindicarla. En los derechos personales, la situación era distinta, porque el derecho podía que fuera a la cosa que estaba en el patrimonio del deudor, pero no en la cosa misma. Desde luego, que para que pudiera existir un derecho en Roma, se requería que hubiera habido una persona que lo tuviera, y que existiese, además, una cosa sobre la que recayera ese derecho. Tal era el caso, por ejemplo, de ser Titio el propietario de un fundo. Pero si lo que sucedía era que Mevio, por

haberle prestado a Cayo cierta cantidad de sextercios, tenía derecho contra este deudor a que se le devolviera aquella suma, la relación de persona a cosa no era directa como en el primer ejemplo propuesto, sino indirecta. En el primer caso, el derecho estaba vinculado a la cosa misma, como inherente a ella, y por eso era real; en el segundo, era un deudor, y no la cosa misma, el que estaba de por medio, y a quien había que pedirle que cumpliese lo que había prometido, por lo que se decía entonces que el derecho era personal.

La propiedad o el dominio, era para los romanos el primero y más importante de los derechos reales. En los primeros tiempos, el derecho romano tuvo de la propiedad, que entonces se denominaba *mancipium,* un concepto jurídico absoluto, que excluía toda idea de limitación. Pero más tarde no fué así; y el dominio vino a ser el derecho de usar, de disfrutar, y de disponer de una cosa, en tanto que a ese pleno ejercicio no se opusiera alguna limitación legal o contractual. [1] Desde un punto de vista general, el propieta-

---

(1) El Código Civil Venezolano establece que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por la Ley. (Artículo 523). A nadie puede obligarse a que ceda su propiedad, ni a permitir que otros hagan uso de ella, sino por causa de utilidad pública, (que era también la teoría romana), legalmente comprobada y declarada, y previo el pago de una justa indemnización. (Artículo 525, mismo Código).

Ahora bien, como derecho real que es el de propiedad, el propietario de una cosa tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador, salvo las excepciones establecidas por las leyes. (Artículo 526, mismo Código).

rio tenía el derecho de sacarle indefinidamente partido a su cosa, pero negativamente ese derecho podía estar circunscrito. Tres elementos fundamentales lo integraban, a saber: el *jus utendi,* que era el derecho que tenía el propietario de servirse de su cosa; el *jus fruendi,* que era el derecho que ese mismo propietario tenía de sacarle partido a su cosa, como pasaba con el que alquilaba una casa y percibía el alquiler, o con el que daba sus fondos en préstamo y recavaba intereses, o con el dueño de un fundo que recogía la cosecha que éste producía; y el *jus abutendi,* que era el derecho de disponer de la cosa, por medio de una enajenación, o de destruirla también. A veces el dominio no era pleno, (que lo era cuando se reunían los tres elementos antes analizados), y sucedía que el dueño de la cosa no tenía derecho sino a lo que llamaban los romanos nuda propiedad o propiedad desnuda, porque el *jus utendi* o el *jus fruendi* pertenecían a otra persona. Sucedía también, a veces, que el derecho absoluto o pleno sobre una cosa, estaba limitado por un derecho que un tercero tenía sobre esa cosa, como pasaba con las llamadas servidumbres, que no eran sino desmembraciones o limitaciones de la propiedad. Tal era el caso del predio sirviente que soportaba el paso de las aguas que pertenecían a otros predios, y así en otros casos.

Hemos dicho que los romanos colocaban a la cabeza de los derechos reales el dominio o la propiedad. Seguían luego las servidumbres, la enfiteusis, la superficie, la prenda y la hipoteca. Colocaban también entre los derechos reales al hereditario. Pero todos estos derechos reales, como observa Bonfante, estaban subordinados al de propiedad, o al menos para concebírselos teníase que admitir la existencia de la propiedad, porque, en realidad no eran sino derechos en la cosa de otro, *(jus in re aliena)*.

Desde luego que los caracteres de una propiedad exclusiva, absoluta y perpetua, caracterizada por un derecho real que permitiera reivindicar la cosa de las manos en que estuviera, no fueron los rasgos que distinguían a la propiedad en los primeros tiempos del derecho romano. En éstos, el jefe de familia era propietario de una porción del suelo que debía conservar para trasmitirla a sus hijos, no permitiéndosele, por consiguiente, ni venderla, ni donarla, ni trasmitirla en testamento. La propiedad colectiva, que debía preceder al concepto de la propiedad individual y exclusiva, reflejaba su organización sobre esta otra forma de propiedad familiar, que era colectiva también en el fondo, aun cuando reservada, no ya a todo el pueblo romano, sino a cada familia en particular. Este *heredium,* como lo llamaban los romanos, tenía un

marcado parecido con el régimen del *homestead* del derecho norteamericano, y con el "*bien de famille*", del derecho francés, de cuyas fuentes tomó nuestro derecho venezolano el régimen de lo que denomina "hogar", [2] y en rigor era considerado como una parte, simplemente, de la propiedad colectiva, que denominaba *ager publicus* el derecho de esos primeros tiempos. Pero esta noción colectiva de la propiedad, que podía convenir al régimen de los primeros siglos del derecho romano, y que resultaba inadecuada cuando se fué desenvolviendo aquella sociedad, fué luego a luego transformándose, y apareció reconocido el derecho de adquirir para sí la porción del *ager* que se había ocupado y cultivado por sí o por medio de otro, y que le atribuía al poseedor el goce exclusivo de esa tierra, y más tarde el derecho quiritario, cuando la posesión había continuado por el tiempo de dos años que exigía la ley. Por grados sucesivos se irá pasando de este concepto primitivo de la propiedad colectiva al de la propiedad individual, porque a la prohibición de la enajenación misma de las cosas que formaban parte del patrimonio familiar, seguirá la conveniencia de enajenar esas mismas cosas, y por último, el derecho de disponer de ellas por medio del testamento o por un acto entre vivos. Es precisamente

(2) Véanse artículos 614 y siguientes, mismo Código.

el derecho clásico el que fija las bases de la propiedad, determinando su extensión y límites, y señalando las restricciones a su adquisición: él será también el que precise la línea divisoria entre la propiedad y la posesión; y será la obra de los Pretores, por último, la que amplificará la aplicación de los casos de la *in bonis habere,* que terminará por hacer desaparecer las diferencias entre el dominio quiritario y el bonitario. Pero era en extremo complicado el régimen de la propiedad en esta época, porque no sólo había que saber cuáles eran las cosas que podían ser adquiridas, sino precisar también los modos de adquisición según fueran las unas o las otras, para luego deducir los efectos jurídicos que producían esas mismas adquisiciones.

Comenzábase por la distinción de las cosas llamadas *mancipi,* como ya lo vimos, que estaban enumeradas de una manera limitativa en el derecho romano: los inmuebles itálicos, que no eran solamente los que estaban situados en Italia, sino los que se encontraban en las Provincias cuyas ciudades gozaban del derecho itálico, estaban asimilados a aquéllos: las servidumbres rurales sobre estos mismos inmuebles, los esclavos, y las bestias de carga. Todo lo demás, como sabemos, eran cosas *nec mancipi.* A estas distinciones se agregaban las complicaciones resultantes de los fundos provinciales, que aun cuando estaban colocados

entre las cosas *nec mancipi,* propiamente formaban una clase aparte que tenía mucha semejanza con lo que después fué la organización territorial del feudalismo. Hemos dicho que a esta distinción de las cosas había que agregar la complicación resultante de los diferentes medios de adquirir, porque al lado de los que había creado el derecho civil, habían ido apareciendo los que el derecho honorario iba tomando del *jus gentium.* La *mancipatio,* por ejemplo, era la fórmula clásica, digamos, que traía el derecho civil, pero por lo mismo no podía aplicarse sino a las cosas *mancipi,* y no podían emplearla sino los ciudadanos romanos o los peregrinos, a quienes se les hubiese acordado el *jus commercii,* o los colonos Latinos o Junianos. La tradición, a su vez, era el medio de adquirir las cosas tomado del derecho de gentes, pero por esto mismo no se aplicaba sino a las cosas *nec mancipi,* y no era bastante para adquirir la propiedad quiritaria de las cosas *mancipi,* cuando se la aplicaba a éstas. Pero, en cambio, había otros medios de adquirir, como pasaba con la usucapión y la *in jure cessio,* que, aun cuando de derecho civil, podían aplicarse a la adquisición de las cosas *nec mancipi.* Y si a ésto se agregaba que al lado de la propiedad quiritaria del derecho civil el derecho honorario habia sabiamente reconocido la *in bonis,* y que, al lado de estas dos, existía también la posesión

de los fundos provinciales que era diferente de la *in bonis,* y no igual tampoco a la primera, se comprende fácilmente que en la práctica debió tropezar con grandes dificultades la teoría de la propiedad en el derecho clásico. (*)

Para la época de Justiniano toda esta complicada estructura desaparece; y para entonces la propiedad quiritaria de los primeros tiempos había perdido toda su antigua fortaleza: la propiedad *in bonis,* en cambio, gracias a la protección que, como veremos, le dió la acción publiciana, había llegado, casi en el fondo, a tener la fuerza que había perdido la primera, y según la exacta y sagaz observación de Bonjean, la adquisición de la propiedad había vuelto a adquirir los caracteres de simple y única que había tenido en los tiempos primitivos; pero la unidad se había realizado en sentido inverso, es decir, que en los primeros siglos había sido el resultado del imperio exclusivo del dere-

(*) Es digna de ser tomada en cuenta la exposición que trae Bonfante, en su citada obra: "Corso de Diritto Romano", acerca del concepto primitivo de la propiedad romana, llamada entonces *mancipium,* como ya se notó. El sostiene que es el derecho moderno el que ha hecho la tentativa de una definición de aquella propiedad, y de aquí el detenido análisis que hace de los esfuerzos de Ferrini y Scialoja, como los más señalados entre todos, cuyas conclusiones sólo comparte parcialmente con ellos. De aquí también la manera como define aquella propiedad: el dominio eminente, entre los varios dominios generales, que se tenía sobre la cosa. El estudio de esta materia conduce al erudito autor citado, a la investigación de los orígenes de la propiedad romana, tan proclive a encontradas opiniones entre los distintos autores, y a conclusiones muy interesantes, respecto de la propiedad colectiva de la *gens* que relaciona con el concepto jurídico que tuvieron las *res mancipi* en esa época primitiva.

cho civil, y en los de Justiniano, el de las invasiones del derecho de gentes. En los primeros tiempos de Roma, todas las cosas eran *mancipi*—agrega el autor citado—en el sentido de que para todas indistintamente no había sino una sola propiedad, *(ex jure quiritium)*, que no se podía adquirir sino con las solemnidades civiles, del propio modo que bajo Justiniano se puede decir que todas las cosas habían llegado a ser *nec mancipi*, en el sentido de que respecto de todas se podía adquirir la propiedad por un modo del derecho de gentes.

Podía suceder que una misma cosa perteneciera en vez de a una sola persona, a varias, y entonces había copropiedad, condominio o comunidad. El derecho de cada copropietario era denominado *dominium*, o *dominium pro parte* o *para*, y cada comunero o copropietario era llamado *socius*. En la organización legal de la copropiedad en el derecho romano, cada copropietario tenía un derecho de propiedad sobre la cosa, pero no podía cada uno usar de ese derecho sino en la medida de la cuota o parte de su derecho en esa cosa: los derechos sobre la cosa pertenecían a muchos, y estos derechos eran independientes entre sí los unos de los otros; pero el objeto de esos distintos derechos no recaía sino sobre una sola y misma cosa. De aquí, pues, que los frutos que la cosa producía pertenecían

en su totalidad a los copropietarios de la cosa que los había producido, pero cada copropietario no era dueño de esos frutos, sino en la medida de su derecho sobre la cosa, el cual estaba restringido a la cuota que tenía en ella. Del mismo modo cada propietario tenía el derecho de enajenar su derecho o de imponerle algún gravamen; pero ese derecho estaba limitado a la de la cuota parte que tenía en la cosa comunera. Había desde luego actos que no podía ejecutar, como pasaba con las servidumbres prediales, porque dichas servidumbres no podían constituirse *pro parte,* de donde resultaba que para poder ejercer válidamente ese derecho, se requiriera el consentimiento de los demás comuneros. Cuando la cosa común tenía necesidad de alguna reparación, el copropietario estaba autorizado a hacerla, con el derecho de obtener de los demás copropietarios la parte que a cada uno le correspondiera en el costo de la reparación. Pero, en cambio, si alguno de los copropietarios lo que quería hacer era transformar la cosa, entonces naturalmente no se le permitía que lo hiciera, bastando la oposición de uno de los copropietarios para que quedara paralizado su designio. En realidad, pues, lo que pasaba con la comunidad era, como lo observa Cuq, que el derecho de cada uno de los copropietarios no era distinto del que pertenecía a un propietario único,

pero estaba limitado en su extensión por el derecho igual de los otros copropietarios, de donde resultaba que cada copropietario no tenía sino una parte ideal del derecho de propiedad, de lo cual resultaban las consecuencias que quedan analizadas. [3] Ralacionada con la noción del dominio, estaba la de la posesión, que generalmente no venía a ser sino una manifesta-

(3) Véanse artículos 748 y siguientes, del mismo Código. Según estas disposiciones legales la parte de los comuneros en la cosa común se presume igual, mientras no se pruebe otra cosa, siendo proporcional a las respectivas cuotas de los comuneros las ventajas como las cargas de la comunidad. Por lo demás, cada comunero puede servirse de las cosas comunes con tal de que no se las emplee de un modo contrario al destino fijado por el uso, y de que no se sirva de ellas contra el interés de la comunidad, o de modo que impida a los demás comuneros servirse de ellas según sus derechos. Igualmente cada comunero tiene derecho de obligar a los demás a que contribuyan con su porción a los gastos necesarios para la conservación de la cosa común, salvo a éstos la facultad de libertarse de tal deber con el abandono de su derecho a la cosa común. Pero si alguno de los comuneros no contribuyere, ni renunciare su derecho, podría cualquiera de los demás hacer los gastos de conservación, excluyendo del uso al no contribuyente, mientras no satisfaga su respectiva cuota, sin perjuicio de poderlo compeler judicialmente al pago de su porción, con el interés corriente en el mercado. Por otra parte, ninguno de los comuneros podría hacer innovaciones en la cosa común, aunque reporte a todos ventajas, si los demás no consienten en ello, sin menoscabo,con todo, de la regla de que para la administración y mejor disfrute de la cosa común, pero nunca para impedir la partición, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los comuneros, aun para la minoría de parecer contrario. Entiende la ley que hay mayoría en tal caso, cuando los votos que concurren al acuerdo representan la mayor parte de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad. Por último, cada comunero tiene la propiedad de su cuota y de los provechos o frutos correspondientes. Puede enajenar, ceder o hipotecar libremente esta parte, y aun sustituir otras personas en el goce de ella, a menos que se trate de derechos personales; pero no puede cercar fracciones determinadas del terreno común, ni arrendar lotes del mismo a terceros. El efecto de la enajenación o de la hipoteca se limita a la parte que le toca al comunero en la partición. La ley considera contraria al orden público la comunidad y por eso establece que a nadie puede obligarse a permanecer en ella, y siempre puede cualquiera de los copartícipes demandar la partición, lo cual no impide que se permita pactarla por un tiempo determinado, no mayor de cinco años. Con todo, la Autoridad Judicial, cuando lo exigen graves y urgentes circunstancias, puede ordenar la división de la cosa común, aun antes del tiempo convenido.

ción de aquél. La posesión, propiamente, no fué para el romano sino un simple hecho, pero un hecho que podía dar lugar a un derecho. Ellos distinguían la posesión natural, que no era más que el simple hecho de la tenencia material de una cosa, de la posesión jurídica, que surtía efectos legales importantísimos. Había casos en que se era simple detentor de una cosa y en los cuales lo que se hacía era tener materialmente esa cosa a nombre del verdadero poseedor. De aquí que a ese simple detentor o detentador de la cosa de otro, se lo llamase poseedor precario, como pasaba, por ejemplo, con el caso del arrendatario, y tal era también el del comodatario, que así se llamaba el que recibía gratuitamente una cosa prestada, para servirse de ella. En cambio, el poseedor legítimo, o poseedor civil, no era el que tenía la simple posesión natural de la cosa, sino el hecho material de la detención, unido a una relación perfectamente definida entre él y esa cosa, que era su voluntad de poseerla como dueño, o sea, el *animus domini* que decían los romanos. Esta posesión estaba constituída por elementos tan fuertes en el derecho romano, que daba lugar a una acción posesoria especial llamada interdicto, y también a la usucapión que decían los romanos, o prescripción que decimos en nuestros días, y que no venía a ser sino el derecho al dominio de

la cosa, por haber durado cierto lapso la posesión sobre la misma. Dos elementos requería para la posesión el derecho romano: el *corpus* y el *animus*. No están de acuerdo algunos maestros del derecho romano, ni en lo que debía entenderse por lo primero, ni en el alcance que debía dársele al segundo. Para unos, el cuerpo debía entenderse en el sentido de una toma de posesión material; para otros, esto no era indispensable, bastando, solamente, la posibilidad de hacerlo. Para Ihering el *corpus* consistía en el hecho de conducirse respecto de la cosa como lo haría un propietario. Con el *animus* ha pasado otro tanto, porque el concepto fundado en la tesis de que aquel *animus* consistía en la intención jurídicamente manifestada de conducirse como propietario, y de pretender la propiedad, ha sido combatido por el mismo Ihering, como lo observa Cuq, ya que aquél había llegado antes a la conclusión de que la posesión no dependía de una manera exclusiva de la voluntad del poseedor unida al estado de hecho que se llamaba *corpus;* que la prueba directa del *animus domini* no podía hacerse; que el *animus* no era un elemento particular de la posesión, sino que se encontraba en toda detención; y por último, que había diferencias de principio entre la posesión y la detención. Observa Cuq, con sobrada razón, al analizar esta última conclusión, que sin ella

Ihering hubiera hallado una adhesión unánime para su teoría, porque si verdad es que la detención indicaba un elemento intencional como la posesión, no puede seguirse de ello que el *animus* del detentador se confundía con el del poseedor, de donde concluye la necesidad de mantener la distinción teórica de la posesión y de la detención. De aquí, pues, que el poseedor era en el derecho romano, aquél que no sólo aparecía como dueño de hecho de la cosa, sino que a este hecho unía la voluntad de serlo; y detentador todo otro que no pretendía un goce independiente y para él de esa cosa, como pasaba con el colono y con el arrendatario, o con el simple depositario de la cosa. Respecto del acreedor prendario ha habido dudas entre los expositores, porque el derecho romano le daba derecho a intentar la acción posesoria como si tuviera el *animus* de poseer como suya la cosa prendaria; pero esta anomalía se ha tratado de explicar, ya admitiendo que el derecho presunto del acreedor prendario a la cosa justificaba el uso pleno del interdicto, ya dando por sentado que se hubiera originado en la tiniebla que rodeaba a la teoría de la detención, en una época en que ésta podía pasar por aquélla.

Varias condiciones exigía la adquisición de la posesión: la capacidad en el poseedor y una cosa susceptible de ser poseída, que eran las mismas que se

exigían en materia de propiedad, y el *corpus* y el *animus,* a que antes nos referimos. El esclavo podía tener la simple tenencia de la cosa, pero no la posesión civil, que era la que propiamente era jurídica, y la que podía ser sujeto de las cosas que formaban un patrimonio. Con el hijo de familia pasaba otro tanto, hasta que la aparición de los peculios le da a aquél, en este punto, una capacidad de que carecía antes. Un acto material de aprehensión de la cosa se requería. ya se tratase de muebles, ya de inmuebles. Sucedía que a veces el excesivo peso o las dimensiones de la cosa mueble hacían imposible el referido acto material: entonces lo que se hacía era poner a alguno guardando la cosa, *(custodiam ponere);* otro tanto podía pasar con los inmuebles que tuvieran una gran extensión, en cuyo caso lo que se hacía era indicar los linderos del terreno, *(demonstrare fines),* desde un lugar vecino a él. Había casos en que no era necesario que el poseedor tuviera la custodia de la cosa, personal y materialmente, sino que bastaba que un hecho exterior revelase la posesión, como sucedía cuando se le entregaban al poseedor las llaves del lugar donde estaba depositada la cosa. Cuando se trataba de esclavos, bastaba la entrega de los títulos de propiedad; y la marca misma que se ponía sobre la cosa revelaba la posesión. Con los inmuebles pasaba una cosa cu-

riosa, y era que no bastaba que en la ausencia del dueño entrase un tercero en posesión de la cosa; se requería, en este caso, que el poseedor anterior hubiese renunciado a la posesión, o que habiendo pretendido el despojado recobrar su posesión, no hubiera podido lograrlo. Ahora bien, cuando era la tradición el medio que se empleaba para trasmitir la cosa, bastaba que el vendedor llevase al comprador sobre el fundo vendido, y cuando éste estaba muy distante, bastaba que aquél le diera una autorización por escrito.

Desde el momento que se exigía en Roma que concurriesen los dos elementos del *corpus* y del *animus* en la posesión, está sobreentendido que no bastaba el simple hecho de la aprehensión material de la cosa, sin concurrir con el de la voluntad de tenerla como dueño. Esta voluntad se presumía en Roma: presunción *juris*, que ellos decían, porque admitía la prueba en contrario. [4] Sucedía a veces que el tenedor o detentador de la cosa era un simple poseedor precario, porque, en realidad su posesión no estaba en él, sino en otro por quien poseía. En este caso establecía el derecho romano que ninguno podía cambiar por sí mismo la causa de su posesión, o sea, intervertir el título de la misma. Así, pues, el que había comenzado

(4) Artículo 762, mismo Código.

por tener la cosa en calidad de arrendatario, no podía alegar que más tarde había tenido el ánimo de dominio sobre la cosa arrendada, y había adquirido, por consiguiente, derecho de usucapirla. En otros términos, nadie podía prescribir contra su título, en el sentido de que nadie podía cambiarse a sí mismo la causa y el principio de su posesión, sin que esto hubiera querido decir que no se podía prescribir contra su título, en el sentido de que no pudiera obtenerse por la prescripción la liberación de una obligación. [5]

Lo que pasaba con todas las organizaciones jurídicas de Roma que fueron evolucionando con el trascurso del tiempo, pasó desde luego con la posesión. En el derecho primitivo no se concebía que una persona pudiera poseer en nombre de otra. El caso era distinto cuando se trataba de una persona que estaba bajo la potestad de otra, porque entonces se consideraba que esa persona era sólo un instrumento de adquisición del *pater* o del *dominus,* como lo hemos visto. Pero más tarde, cuando la teoría del mandato extendióse y se perfeccionó, como llegó a estarlo bajo los reinados de Severo y Caracalla, la adquisición de la posesión podía hacerse *per extraniam personam.* [6] Desde luego que la intención debía existir en el repre-

(5) Artículo 2.035, mismo Código.

(6) Artículo 760, mismo Código.

sentado, aun cuando la detención material de la cosa estuviera en el representante. En Roma había dudas respecto de si éste también debía tener la intención de adquirir para el representado, pero predominó la teoría de Ulpiano que hacía caso omiso de esta intención, bastando sólo el que el representado tuviera el *animus*. Esta regla, sin embargo, sufría excepciones en el derecho romano cuando se trataba del *infans* en tutela, y de la adquisición que hacía alguna ciudad, y también cuando se trataba del loco que estaba en curatela. En todos estos casos el representante era quien debía tener el *animus* y ello bastaba.

Tenía también su importancia en este caso de adquisiciones que se hacían por medio de otro, el hecho de averiguar cuando era que adquiría el representado, porque no sucedía del mismo modo según que el representante fuera un mandante o que se estuviera en presencia de lo que veremos llamaba gestión de negocios el derecho romano. En el primer caso, y era lógico, se confundían en un solo momento ambas adquisiciones, y adquirir el mandatario era haber adquirido el mandante. Pero en el segundo caso no era así, porque si bien el hecho había sido ejecutado en interés de un tercero, la adquisición del gestor de negocios no se confundía con la del tercero, sino que venía a tener eficacia legal cuando este último la ratificaba.

Ahora bien, adquirida la posesión de una cosa mueble, podía suceder que aunque el poseedor estuviera alejado de la cosa se considerara que jurídicamente era poseedor, a menos que el abandono de la cosa no hubiera obedecido por parte del poseedor a su voluntad de abandonarla, y siempre que un tercero no se hubiera apoderado de la cosa de la que se había alejado el poseedor. Respecto de los inmuebles pasaba otro tanto, porque el dueño podía haber dejado de estar materialmente ocupando la cosa y, sin embargo, se consideraba que el inmueble estaba en su posesión. Se requería en Roma, en este caso, para que se diera por perdida la posesión, que un tercero se hubiera apoderado del inmueble que hubiera empezado a poseerlo como suyo, y que hubiera llegado a conocimiento del verdadero dueño el hecho de la usurpación. No se necesitaba por lo demás para que el derecho romano considerase que se seguía siendo poseedor, que el ejercicio de este derecho se ejercitara de una manera activa: continuaba el loco en posesión de la cosa que había adquirido antes de la pérdida de su capacidad.

Consecuencia de la teoría que fundaba la posesión sobre los dos elementos de la tenencia de la cosa y del ánimo de poseerla como dueño, era que cuando la intención del poseedor había sido la de no poseer más la cosa, la posesión se perdía *solo animo,* como de-

cían los romanos. Tal sucedía cuando en la venta se estipulaba, por ejemplo, que el vendedor quedaría como arrendatario de la cosa vendida. Podía perderse también *solo corpore*, como ellos también decían. De varias maneras podía realizarse este hecho, que era a veces la obra de la naturaleza, como pasaba en el caso de una inundación, y otras, la obra del hombre, como pasaba cuando el poseedor era expulsado violentamente de la cosa, o cuando alguien se apoderaba de ella en ausencia del dueño. Esto era en cuanto a los inmuebles. En materia de muebles se perdía la posesión cuando la cosa había sido sustraída, o cuando la perdía el poseedor, o cuando se escapaban los animales salvajes o perdían la costumbre de regresar los que estaban domesticados. Había también casos en que la posesión se perdía por causa de otro, del propio modo que sabemos que podía adquirirse por otro. Tal sucedía cuando el tercero que poseía por otro había perdido la cosa o la abandonaba y otro se apoderaba de ella, o cuando se la robaban al poseedor precario o él se dejaba expulsar de la cosa, o cuando cambiaba su intención, es decir, cuando de simple tenedor precario de la cosa, empezaba a poseerla con ánimo de dominio. En todos estos casos se perdía la posesión por el hecho de otro, pero para que surtiera efectos legales el abandono era preciso que hubiese llegado a conocimiento del poseedor.

Ahora bien, si el poseedor era perturbado en el goce de su posesión pacífica, o si era despojado de ella, podía obtener que se lo amparase en ella en el primer caso, o que en el segundo, se le restituyera la posesión de que había sido despojado. Estos fines se alcanzaban en el derecho romano por medio de unas acciones especiales que se denominaban interdictos, y que examinaremos al ocuparnos en las acciones. [7]

Los romanos dividían la posesión, atendiendo a su origen, en justa e injusta. Entendían por posesión justa la que estaba libre de violencia, de clandestinidad y de precariedad. De manera que para que la posesión fuera considerada legítima, se requería que fuera continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y con intención de tener la cosa como suya propia. En otros términos decían los romanos que para que la posesión fuera legítima debía estar exenta de los vicios que ellos designaban con estas tres palabras: *vi, clam, precario.* [8] Originariamente la posesión estaba dividida en posesión natural y en posesión civil, entendiéndose por la primera, la simple detención o tenencia de la cosa, y por la segunda, esta misma tenencia acompañada del ánimo de tener la cosa como dueño. En el derecho bizantino, todas estas

---

(7) Artículos 770, 771 y 774, mismo Código.

(8) Artículo 761, mismo Código.

locuciones tendrán un sentido algo distinto, porque la posesión natural será la posesión respecto de la cual no podrá alegarse justa causa, al paso que la posesión civil será aquella cuya base tenía una justa causa, que estaba ligada con la idea de llegar a ser más tarde propietario de la cosa por medio de una usucapión. Un nuevo carácter de la posesión se delineará en esta materia, también en la época a que acabamos de aludir, porque como lo veremos al estudiar las referidas acciones interdictales destinadas a proteger la posesión, el derecho del Bajo Imperio prescindió de un concepto absoluto sobre la posesión, en el sentido de que sólo fuera digna de protección legal la que era legítima, sino que, dando de mano a este concepto abstracto y absoluto, como hemos dicho, le bastó exigir que al intentarse un interdicto pudiera probar, quién lo intentaba, que su posesión no era ni violenta, ni clandestina, ni precaria, respecto de la contra parte en el juicio, con lo que queda claramente establecido que la posesión injusta estaba también protegida en el derecho romano por medio de las acciones posesorias siempre que el adversario no hubiera sido la víctima digamos del despojo, de la candestinidad o de la mala fe del poseedor que intentaba la acción o que poseía la cosa. El ladrón, pues, que se había apoderado con violencia de una cosa, era un poseedor injus-

to o ilegítimo de la cosa robada; sin embargo, siempre que no se trataba del dueño de la cosa robada, podía defender la posesión de la cosa por medio del interdicto. El comprador de una cosa que no le había sido vendida por su verdadero dueño, pero sí por una persona a quien él había creído de buena fe que lo era, era un poseedor legítimo de la cosa, y su buena fe le valía para que, pasado cierto tiempo de su posesión pública, pacífica, inequívoca, y a título de dominio, como queda anteriormente dicho, pudiera alegar usucapión o prescripción de esa cosa que lo pusiera a cubierto de una acción reivindicatoria intentada por el verdadero dueño de la cosa. Casos había, en cambio, en que era manifiesto que el poseedor sabía que estaba poseyendo una cosa ajena; pero bastaba que esta posesión no tuviese los vicios apuntados, para que, por el trascurso de cierto tiempo, se le reconociese al poseedor, por usucapión o por prescripción, el derecho de propiedad sobre esa cosa.

Todo esto conduce a justificar la división que también hacía el derecho romano de la posesión, dividiéndola en posesión de buena fe y de mala fe, que en otros términos equivalía a decir posesión *ad usucapionem* y posesión *ad interdicta.* Era la posesión de buena fe la que estaba fundada en un justo título de adquisición que pudiera servirle de base más tarde al

poseedor para cubrir cualquier vicio que pudiera tener el origen de su derecho, con tal de que él ignorara ese vicio, y llegara a ser por usucapión dueño indiscutible de esa cosa. [9] Posesión de mala fe, por el contrario, era la que por tener los apuntados vicios no estaba protegida por la ley para llegar a convertirse en un derecho a la propiedad de la cosa, pero que, al menos estaba protegida, como una simple situación de hecho que representaba, por medio del interdicto, siempre que esta acción no se estrellara contra el poseedor legítimo y de buena fe, o contra los propietarios de la cosa: *adversus extraneos etiam vitiosa possessio prodesse solet.*

Tenía su importancia en el derecho romano esta diferenciación entre el poseedor de buena fe y el que no lo era, porque cuando el comprador de una cosa había partido de la base de que su vendedor era su dueño y podía enajenarla, y esta buena fe continuaba hasta el momento en que descubría que no lo era, el referido comprador tenía derecho a la percepción de los frutos que esa cosa hubiera producido, y no estaba obligado a restituir sino los que había percibido después de haber descubierto la verdad, que generalmente sabía cuando el verdadero propietario de la cosa

---

(9) Artículo 777, mismo Código.

intentaba la acción reivindicatoria. [10] Por otra parte, desde el punto de vista de la prescripción tenía también su importancia la referida distinción, porque si el que había comenzado a poseer de buena fe llegaba a saber más tarde que quien había vendido la cosa no era realmente su dueño, este descubrimiento no tenía importancia para los fines de la prescripción adquisitiva, y pasado el tiempo previsto en la ley para alegar dicha prescripción podía hacerlo. Justificábase la diferencia de lo que pasaba con los frutos, porque éstos se adquirían día a día, y por consiguiente se requería, no un acto inicial de buena fe, como pasaba con la prescripción, sino una serie ininterrumpida de actos. [11] Respecto de las mejoras que el poseedor de buena o de mala fe podía haber hecho en la cosa, se reglaban por el principio de que nadie podía enriquecerse en perjuicio de otro: no debían, pues, apreciarse por lo que realmente había gastado el poseedor, si el aumento de valor que había adquirido por ellas la cosa era menor de lo gastado, a lo que se agregaba que debían existir al tiempo de la evicción. [12]

(10) Artículo 779, mismo Código.
(11) Artículo 778, mismo Código.
(12) Artículo 780 y 781, mismo Código.

CAPITULO III

MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

Modos de adquirir según el derecho civil y modos de adquirir según el derecho de gentes.—Modos originarios y derivativos.—Modos a título singular y a título universal.—Modos de adquirir por actos intervivos y de última voluntad

Hemos examinado, anteriormente, el concepto jurídico de la propiedad: examinaremos ahora los distintos medios que había en el derecho romano para adquirir el dominio. Ahora bien, y antes de pasar adelante, debemos sentar que para ser propietario se requerían tres elementos: capacidad en el adquiriente; cosa susceptible de ser adquirida, o cosa que estuviera en el comercio; y por último, un modo de adquisición, (*causa adquisitionis),* que decían los romanos, y que en rigor no era sino la relación jurídica que un hecho o causa legal establecía entre el adquiriente y la cosa.

Con respecto a la capacidad debemos decir, que era la facultad que el derecho civil romano exigía que tuvieren aquellos a quienes ese mismo derecho consideraba como dueños quiritarios. Esta era la que pudieramos llamar capacidad absoluta; pero había otra, puramente relativa, como pasaba con las personas en tutela o con las que padecían de alguna enfermedad mental. Había incapacidades, también absolutas, fundadas en razones de orden público, como pasaba, por ejemplo, con los Gobernadores de Provincias, que no podían adquirir inmuebles en las Provincias de su mando.

Los modos de adquirir en el derecho romano se dividían en modos de adquirir según el derecho civil y modos de adquirir según el derecho de gentes; en originarios y derivativos; en modos de adquirir a título singular y modos de adquirir a título universal; y por último, por actos intervivos y de última voluntad.

Los modos de adquirir el dominio, según el derecho civil, concernían sólo a los ciudadanos romanos, a los Latinos y a los peregrinos que habían obtenido el *jus commercii;* los del derecho de gentes, servían tanto a todos éstos como a los extranjeros. Los primeros eran cinco a saber: la *mancipitio,* la *cessio in jure,* la *adjudicatio,* la *usucapio,* y la *lex.* Los segundos eran cuatro: la ucupación, la accesión, la especificación y la tradición.

La mancipación o *mancipatio,* como decían los romanos, era un modo solemne y simbólico de adquirir los ciudadanos romanos el dominio quiritario sobre las cosas *mancipi,* como ya lo hemos visto. Era, en el fondo, una venta ficticia que debía hacerse por ante el Pretor, acompañadas las partes de cinco testigos que debían ser púberos y ciudadanos romanos: del *antestatus,* cuya intervención tenía por objeto recordarle el acto a los testigos, y del *libripens,* que sostenía una balanza, que era el símbolo exterior del acto que se realizaba. La cosa, objeto del contrato, debía ser colocada en uno de los platillos de la balanza, y el comprador debía tocar con un lingote de metal, símbolo de la moneda, el otro platillo, pronunciando al mismo tiempo las palabras sacramentales que encerraba la fórmula de la mancipación. Entregaba el lingote de metal al vendedor, como si fuera el precio; después tomaba la cosa en sus manos, si era mueble, y con esta pantomima, y con este simbolismo, adquiría el vínculo de derecho más fuerte que conoció el derecho romano. Era el medio por excelencia para adquirir la propiedad, y también el más firme que podía darse para trasmitirla .

Tal era el procedimiento que se seguía cuando se trataba de cosas muebles: respecto de los inmuebles bastaba con designar el nombre que tenían, sin tener

que practicar las ceremonias de la *mancipatio* en el propio fundo vendido. Ahora bien, como las formalidades que quedan referidas eran las que se practicaban en una época avanzada de la legislación romana, en que como queda visto no constituían sino una venta ficticia, no debió ser lo mismo en los primeros tiempos, en que el precio real de la venta debía ser el que era colocado en uno de los platillos de la balanza, del propio modo que era colocado en el otro la cosa vendida. Después debió ser, quizás, una sola de las monedas la que se colocaba, hasta que, por último, el lingote de metal vino a simbolizar aquel precio. Han creído algunos que de la apuntada circunstancia de tener el comprador puesta la mano sobre la cosa que compraba, o tomarla en sus manos, le venía el nombre a la solemnidad: otros creen que el nombre le venía de que este acto daba poder o potestad sobre la cosa, que llamaban *manus* los romanos, como hemos visto. Este procedimiento de la *mancipatio* fué el mismo que luégo empleó el derecho romano en el matrimonio llamado *coemptio,* en la adopción, en el testamento, y en la emancipación, como hemos visto.

La *cessio in jure* era también otro de los medios gráficos, digamos, de adquirir el dominio, en que otra pantomima estaba de por medio. Como hemos tenido ya la oportunidad de observarlo, estos medios de ad-

quirir, y lo mismo los de contratar, fueron la expresión de una necesidad de los primeros tiempos, en que el poco desarrollo de la escritura y del lenguaje hacía imprescindible el empleo de una fórmula material y objetiva que quedase grabada en la memoria de los que presenciaban el acto: más tarde el empleo de un escrito, no *ad solemnitatem* sino *ad probationem,* hará olvidar estos medios de prueba de los primeros tiempos.

Consistía la *cessio in jure* en un proceso de reivindicación que se simulaba ante el Pretor y por el cual el presunto comprador de la cosa, objeto del contrato, alegaba que ésta le pertenecía, a lo cual asentía el presunto vendedor, bastando con que callase simplemente. Entonces el Magistrado le adjudicaba la cosa al que alegaba ser su dueño y la propiedad de aquélla pasaba, por este medio, de las manos del vendedor a las del comprador. *La cessio in jure* se aplicaba tanto a las cosas *mancipi,* como a las *nec mancipi.*

La *adjudicatio* tenía lugar en las acciones mixtas que así llamaba el sistema procesal romano, y que eran tres, a saber, como lo hemos visto: *la familiae erciscundae,* que era la acción de partición de una herencia; la *communi dividundo,* que servía para disolver una comunidad; y la acción *finium regundorum,* que se empleaba para deslindar un inmueble. Se emplea-

ba la adjudicación tanto para las cosas *mancipi* como para las *nec mancipi*.

La usucapión era un modo de llegar a ser dueño de una cosa por el trascurso de cierto tiempo de posesión legítima sobre la misma. Difería este modo de adquirir de los otros, en que por él no se adquiría el dominio inmediatamente, sino sólo a la larga, por el transcurso de cierto tiempo que debía ser un año para los muebles y dos para los inmuebles. Esta posesión debía, además, ser ininterrumpida y legítima, como lo hemos apuntado ya. Este medio de adquirir el dominio convertía la simple posesión en propiedad quiritaria, con tal de que aquélla hubiera sido de buena fe. Anteriormente a la época de Justiniano servía para convertir la propiedad *in bonis* en propiedad quiritaria, llenando así una laguna del derecho civil, porque si una cosa *mancipi* había sido trasmitida por el simple medio de la tradición, el adquiriente, por medio de la usucapión, podía llegar a ser propietario definitivo e irrevocable de la cosa. No dejaba de tener sus dificultades en el derecho romano este punto de la usucapión. Como se ve, el que se hacía propietario de la cosa por usucapión no adquiría el dominio directamente del dueño de la cosa, de manera que éste no venía a ser causante de aquél; pero al cumplirse el período de la usucapión, la cosa que hasta ese momen-

to había sido parte del patrimonio de sus dueños, cambiaba de propietario y pasaba al dominio de las cosas del usucapiente. Pero si sobre esa cosa el dueño anterior había establecido un usufructo, por ejemplo, o le había impuesto una servidumbre, o había hecho pesar sobre ella algún gravamen, entonces ninguno de estos derechos se afectaba o se menoscababa por motivo del nuevo propietario que tenía esa misma cosa por causa de la usucapión. Era la usucapión uno de los modos más antiguos de adquirir el dominio en el derecho romano, y su nombre, como lo observa Bonfante, le venía de que *usus* era el antiguo vocablo de que se servían los romanos para designar la posesión. De aquí, pues, que cuando fuera promulgado el Código de las XII Tablas, éste reconociera la usucapión con el carácter apuntado y se limitara sólo a reglamentarla, disponiendo que para usucapir las cosas muebles bastase un año, y dos para los inmuebles. Desde el principio se dieron exacta cuenta los jurisconsultos romanos de que había una suprema razón de conveniencia social para que la propiedad no estuviera sometida a un régimen de incertidumbre sino más bien que fuera cierta y segura, y de aquí la institución que analizamos. Desde luego todas las cosas no podían ser objeto de usucapión: las que no estaban en el comercio no podían serlo, porque éstas

no podían ser objeto de propiedad privada y la usucapión no era sino uno de los medios para adquirir aquélla, de donde resultaba que no podían ser usucapidas ni las cosas sagradas ni las religiosas. Los fundos provinciales tampoco podían ser adquiridos por este medio, ni las *res mancipi* enajenadas por la mujer, sin que mediara la *auctoritas* del tutor legítimo, lo cual era perfectamente lógico, pues no hubiera sido justo que lo que no podía adquirirse por medio de una enajenación directa pudiera serlo por el medio indirecto de la usucapión. De aquí que por esta única razón el inmueble ubicado en suelo itálico no podía ser usucapido: tampoco podían serlo las cosas robadas ni aquellas en cuya posesión se hubiera entrado por el empleo de la violencia o de la fuerza. Esto explica el que el antiguo derecho romano se hubiera valido de la expresión: sin lesión de la posesión de otro, que en sentir del mismo Bonfante no tenía otro significado sino el de excluir de la usucapión la cosa que hubiera sido robada o sustraída al poseedor por medio de rapiña, lo que fué la base para que el derecho clásico dijera, simplemente, que para usucapir se requería posesión legítima expresada en esta fórmula que mencionamos ya al hablar de la posesión: *nec vi, nec clam, nec precario.* La regla del derecho romano, como lo hemos enunciado, era que no podía adquirirse por usu-

capión lo que no era susceptible de ser objeto de la propiedad por un medio directo de trasmitir el dominio. Todas las cosas, pues, que no estaban excluídas por esta regla eran susceptibles de usucapión. Pero este principio, a su vez, comportaba excepciones, porque las cosas robadas, que bien podían estar en el comercio y ser capaces de adquisición por un medio directo que transfiriera el dominio, no podían ser usucapidas. Fué tan enérgica esta excepción en el derecho antiguo que, aun cuando estaba en las XII Tablas, una ley especial llamada Atinia la confirmó más tarde. Sucedía otro tanto con las cosas en cuya posesión se hubiera empleado la fuerza, confirmada más tarde también la imposibilidad de usucapirlas por la ley especial que se conoce con el nombre de ley Plautia. Observa Girard, con razón, que el dominio de estas prohibiciones era mucho más extenso de lo que pudiera a primera vista creerse, porque llegaba hasta la cosa misma, la cual quedaba como marcada por la violencia y la furtividad, y porque la noción del robo era más lata en el derecho romano que en nuestros días. Debemos observar que la ley Atinia sólo se refería, al hablar de las cosas hurtadas, a las que eran muebles. Resultó de aquí que los inmuebles, que habían sido excluídos de la citada ley por no creérselos capaces de hurto, podían ser usucapidos aun cuando hu-

bieran sido invadidos. Esta lógica fué la que colmó la ley Plautia, haciendo extensiva a ellos la prohibición de usucapirlos. Otra ley especial sobre el mismo objeto, que abarcaba las cosas muebles ocupadas por violencia, la *lex Julia de vi publica et privata,* fué dada en tiempos de Augusto. La Atinia había sido promulgada el año 557 de la fundación de Roma, y la ley Plautia algo más de un siglo después, entre la dictadura de Sila y la conjuración de Catilina. A la lista de cosas que no podían ser objeto de usucapión y de la que eran parte las que pertenecían al Fisco, deben agregarse, aun cuando no aparezcan mencionados por las Institutas, los bienes inmuebles correspondientes a las Iglesias, los que formaban el peculio adventicio, los que pertenecían a los hijos provenientes de las primeras nupcias, cuando el cónyuge sobreviviente contraía otras, la de la cosa legada que había sido enajenada por el heredero, y la que tenía el dueño de un edificio de adquirir, por usucapión, los materiales ajenos empleados en la construcción, que al ser demolido el edificio podía readquirirlos su dueño. Pero volviendo al derecho clásico fué entonces cuando vino a quedar establecida la teoría de la usucapión sobre una base más firme, y en el fondo más justa, porque cuando una cosa, objeto de un contrato, no había sido trasmitida al adquiriente por existir un defecto de forma en el

acto de la adquisición, este vicio quedaba corregido por el solo medio de haber sido complementado el justo título del adquiriente, con el tiempo legal de la usucapión, [1] y cuando el poseedor actual, si tenía buena fe, había poseído ininterrumpidamente durante el tiempo exigido para la usucapión, hacía suya la cosa, aun cuando la persona de quien derivaba su posesión hubiera adqurido malamente la cosa, lo cual no era lo que pasaba en el antiguo derecho, como lo hemos visto. La buena fe, sencillamente, quería decir una creencia errónea que se había tenido al adquirir la cosa, emanada del error de creer que quien la vendía era el verdadero dueño o tenía poder para enajenarla. Con el justo título pasaba cosa análoga, porque en rigor venía a ser un hecho que envolvía intención recíproca de enajenar y de adquirir, y cuando se trataba de las cosas derelictas, como lo observa el mismo Girard, intención legítima de adquirir.

Bajo el derecho de Justiniano queda firme lo que era fundamental en la usucapión, pero innovaciones importantes entran a ser parte de esta institución. Consecuencia de lo primero era que se exigieran la buena fe cuando empezaba a contarse la usucapión, y también el justo título, y que las cosas que no estaban

---

(1) Artículo 777, Código Civil citado.

en el comercio o que habían sido excluídas de la usucapión por alguna ley especial, o por algún Rescripto, o por alguna Constitución Imperial, como pasaba entre otros ejemplos que podían citarse con las cosas que contemplaban las mencionadas leyes Atinia, Plautia y Julia, (estas dos últimas consideradas como una misma por algunos autores), continuaran sustraídas a la usucapión. Ya anteriormente el derecho pretoriano había extendido los plazos de que hablan las XII Tablas, convenientes para la época de la promulgación de este Código pero no más tarde, y los había fijado respecto de los inmuebles, en diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Justiniano mantuvo esta modificación del derecho honorario, y fijó tres años para los muebles; y comoquiera que había sido punto ocasionado a controversias el de saberse exactamente quiénes estaban presentes y quiénes ausentes, precisó el punto disponiendo que cualquiera que fuese la ubicación del inmueble se consideraría que el propietario y el poseedor se considerarían presentes cuando tuvieran su domicilio en la misma Provincia. Ahora bien, como medio de trasmitir el dominio que era la usucapión, el poseedor legítimo, que por él había llegado a ser propietario, tenía la acción reivindicatoria para recobrar esa misma cosa. Por último, la *litis contestatio,* no interrumpía la usucapión. En realidad, en la época

de Justiniano a que venimos refiriéndonos, el antiguo organismo de la usucapión quedó refundido en el de la *longi temporis praescriptio,* que era la prescripción de diez y veinte años del derecho honorario a que acabamos de referirnos, cuyos plazos, indeterminados al principio, fueron más tarde fijados por Constituciones Imperiales. El Pretor romano había encontrado que la usucapión del derecho antiguo, por lo mismo que era de derecho civil, no podía ser un medio de adquisición de que pudiera aprovecharse el peregrino que no tenía el *jus commercii,* como lo hemos visto, ni se podía aplicar a los fundos provinciales que para esta última época sí poseía Roma, y de aquí que partiendo de la base de la protección que merecía el poseedor de buena fe, ciudadano romano o peregrino, cuando se trataba de los referidos fundos provinciales, o el poseedor peregrino con respecto de las cosas inmuebles adquiridas *a non domino,* o respecto de los inmuebles itálicos adquiridos a *domino* o a *non domino,* creara la referida *longi temporis praescriptio,* que venía a ser, más bien, un medio de defensa que tenía el poseedor contra el dueño de la cosa, quien injustamente prevalido en muchos casos de la situación privilegiada que le daba el *jus civile,* podía intentar con buen éxito, contra el poseedor, la acción reivindicatoria que le devolviera su cosa que él había consentido en ven-

der a sabiendas de que el adquiriente no tenía el *commercium,* por ejemplo. Si el tiempo de la prescripción había transcurrido, lo que hacía el poseedor, al ser demandado en reinvindicación de la cosa, era pedirle al Pretor que lo admitiera a oponer la referida prescripción como un medio de defensa, y comprobada ésta en el juicio, el Juez terminaba por admitirla, quedando por lo tanto destruída o paralizada la acción del reivindicador. Dentro del mismo derecho honorario evolucionó este instituto de la prescripción, porque al principio el poseedor no tenía sino la acción posesoria para ser mantenido o restablecido en el goce de su posesión, pero no gozaba de la acción reivindicatoria. El Pretor, sin embargo, terminó por concederle al poseedor una acción reivindicatoria útil. Era lógico, sí, que no podía el poseedor oponer la excepción de prescripción, de que hemos hablado, sino cuando ésta se había cumplido antes de la *litis contestatio:* no se tomaba, en consideración, por consiguiente, la prescripción que se realizaba en el curso del proceso y antes de que el Juez dictara sentencia. Respecto a la extinción de los derechos reales que un tercero pudiera haber tenido sobre la cosa objeto de una prescripción, debemos observar que algunos expositores sostienen que quedaban extinguidos y otros que no. Nosotros adherimos a la opinión de Accarias

en este último sentido, sobre todo cuando la teoría es aplicada a las servidumbres prediales y a las personales. Respecto de los derechos hipotecarios, el punto es más claro: si el poseedor había adquirido la cosa a *domino,* y de buena fe la había creído libre, prescribía contra el acreedor hipotecario: cuando se poseía la cosa a sabiendas de que el causante no era su dueño, pero creyendo de buena fe que estaba libre, la prescripción podía oponérsele al acreedor hipotecario, aun cuando no surtiera efecto respecto del referido causante. Pero si la cosa había sido adquirida a *domino* y la buena fe del poseedor existía tanto respecto del causante como con relación al acreedor hipotecario, la excepción de prescripción procedía contra éste y contra aquél. Justiniano—como antes dijimos—fundió las dos teorías de la usucapión y de la *longi temporis praescriptio* en una sola, y en su época sólo se hablaba de prescripción. Ya entonces la prescripción no extinguía los derechos reales que el propietario de la cosa le había impuesto o había hecho pesar sobre ella; y en cuanto a las hipotecas, que si las extinguía, era preciso que el poseedor hubiera ignorado su existencia y creído de buena fe que la cosa estaba libre. Cuando el acreedor hipotecario tenía, pues, su domicilio en la misma Provincia donde tenía el suyo el poseedor, le bastaba poseer la cosa

durante diez años: cuando esta hipótesis no se realizaba, se necesitaban veinte.

Fué más lejos todavía el citado Emperador, y tomando por base los fines que anteriormente se alcanzaban por medio de la *restitutio in integrum,* ordenó que los bienes de los menores de veinte y cinco años, no podían prescribirse sino mediante una posesión que hubiera durado treinta años. Esta era la *longissisimi temporis praescriptio.* Respecto de los ausentes, o cuando se trataba de un *infans* sin tutor, o de un loco sin curatela, se creó igualmente un medio de interrumpir la prescripción, en favor del propietario y de los acreedores hipotecarios, que fué una solicitud que se dirigía, por estas personas interesadas en que la cosa no fuera prescrita, al Pretor o al Presidente de la Provincia, y en su defecto al Obispo o al Procurador, *(Defensor civitatis).* Producía también los mismos efectos la protesta auténtica hecha ante Registradores o Notarios, que hoy decimos, *tabularii,* en Roma, o ante tres testigos, cuando no existían aquéllos en la ciudad. Es de observar que después de promulgadas las Institutas, Justiniano en una de sus Novelas modificó los principios que quedan expuestos en cuanto a las consecuencias de una enajenación que hubiera hecho un poseedor de mala fe, a espaldas del dueño de la cosa. La citada Novela decidió que en tal caso,

no bastaba la prescripción ordinaria de diez y veinte años, sino una especial de treinta años. Si este adquiriente enajenaba la cosa a su vez, entonces su causahabiente sí podía invocar la prescripción ordinaria. Debemos decir, por último, que cuando faltaban los elementos de la posesión legítima en el poseedor que podía invocar la prescripción, y tenía mala fe, o no tenía justo título, o la cosa no podía ser ganada por prescripción, entonces con arreglo a lo que había dispuesto una Constitución de Teodosio II, el propietario de la cosa que por treinta años consecutivos había descuidado su reivindicación, veía extinguirse su acción reivindicatoria por el transcurso de ese tiempo. No era, pues, que el poseedor se hiciera dueño de la cosa, sino que, no pudiéndola reivindicar su dueño después de pasados treinta años de posesión, en que la cosa había salido de su poder, el poseedor de hecho estaba a cubierto de que se lo privara del goce de esa cosa. De aquí resultaba que cuando la cosa le era vendida a un tercero, éste quedaba expuesto a que el dueño primitivo intentara la reivindicación de aquélla, que sólo podía ser rechazada por la prescripción ordinaria de diez y veinte años, o por la de treinta de que hemos hablado. Fué más tarde cuando Justiniano dió a esta prescripción de treinta años efectos que no había tenido, y ello cuando se trataba de un tercero

que de buena fe había adquirido una cosa que había sido robada y aun sin justo título. En este caso se le daba al poseedor de buena fe, no sólo la excepción que era propia de la *longi temporis praescriptio,* sino la acción que más tarde se hizo extensiva a esta última prescripción, como antes lo vimos. En resumen, pues, bajo Justiniano el nombre de usucapión queda sólo reservado a las cosas muebles, y en vez del año que fijaron las XII Tablas, el plazo de la posesión adquisitiva se fija en tres.

Ahora bien, como para esta época han desaparecido las diferencias entre la propiedad quiritaria y la *in bonis* o pretoriana, y no se habla de una propiedad para los ciudadanos distinta de la que podían tener los peregrinos, ni tampoco es distinto el fundo provincial del itálico, para todos estos inmuebles la usucapión del antiguo derecho, que era de dos años y sólo aplicable a las cosas *mancipi,* es llamada bajo Justiniano *longi temporis praescriptio,* y el plazo de adquisición para toda clase de inmuebles es de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. En todos estos casos la posesión debía ser legítima, el poseedor debía tener justo título y buena fe, y adquiría la propiedad de la cosa. Ahora bien, cuando los dos referidos elementos de justo título y de la buena fe faltaban, o cuando la cosa había sido robada, sin el empleo de

la fuerza, o con éste, entonces el poseedor no adquiría la cosa cualquiera que fuese el tiempo que hubiera estado poseyéndola, pero la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria ordenada por Teodosio II lo ponía a cubierto de una reivindicación. Pero si este poseedor, a su vez, enajenaba la cosa y el adquiriente tenía buena fe, entonces podía invocar en su favor la prescripción adquisitiva de treinta años, aun cuando la cosa hubiera sido robada, pero con tal de que la violencia no hubiera sido empleada. Estas prescripciones de largo tiempo que se aplicaban en la época de Justiniano no fueron creadas sino como una consecuencia del mismo principio a que había obedecido la conveniencia y la necesidad de la usucapión de los primeros tiempos de Roma, que era el de que no estuviese dudosa la propiedad, sino por el contrario, estable y firme. De aquí, pues, que atendiendo sólo a dicha formalidad, se prescindiera de exigir en ella las condiciones que se exigían en la usucapión como en la prescripción ordinaria. Cosas que no podían adquirirse por la prescripción ordinaria de diez o veinte años, como pasaba con los bienes de menores, podían adquirirse por la prescripción de treinta años; cosas que no podían prescribirse por esta prescripción extraordinaria de treinta años, se adquirían por la prescripción de cuarenta años; las mismas cosas o bienes privilegiados de la Iglesia Romana, que ni por

prescripción de tres años, ni de diez, ni de veinte, ni de treinta, ni de cuarenta años podían adquirirse, se prescribían por cien años. Por lo demás, había la prescripción inmemorial, que era aquella en que la posesión había sido tan antigua que no podía saberse cuando había principiado. Para toda clase de derechos era un título fuerte esta prescripción, porque era la mejor prueba de su legitimidad el que el propietario no hubiera sido turbado en su posesión durante ese larguísimo transcurso de tiempo. Por otra parte se exigía en los casos ordinarios de tres, diez y veinte años, las mismas condiciones ya examinadas para prescribir, que para entonces no eran originadas en una capacidad política como era propiamente la del ciudadano romano, sino en una capacidad civil, de manera que el extranjero podía adquirir por prescripción. Debemos decir, por último, que los romanos sentaron en este punto de la prescripción la doctrina de que la posesión continuaba de derecho en la persona del heredero, o sea, en el sucesor a título universal, así como también la de que el sucesor a título singular podía agregar a la suya la posesión de su causante, con tal de que éste hubiera tenido buena fe cuando empezó a poseer. (2)

---

(2) Artículo 769, Código Civil citado. El Derecho Venezolano admite tanto la prescripción adquisitiva, como la extintiva. Quien adquiere de buena fe un inmueble o un derecho real sobre un inmueble, en virtud de un título debidamente registrado y que no sea

Queda sólo por analizar la situación especial en que estaba colocado en el derecho romano el sucesor a título universal del poseedor, o el sucesor a título particular. En el primer caso, el heredero, que era el continuador jurídico de la persona del *de cujus,* continuaba en su persona la posesión de su causante. Podía suceder que a este heredero le faltase buena fe para su posesión: este elemento no era tomado en cuenta lógicamente, porque bastaba que aquella buena fe hubiese existido en el *de cujus* en el momento en que éste había empezado a poseer. De aquí también que cuando la mala fe existía en el *de cujus,* de nada le valiera al continuador jurídico alegar y aun

---

nulo por defecto de forma, prescribe la propiedad o el derecho real por diez años a contar de la fecha del registro del título, (artículo 2.054, Código citado). Todas las acciones reales se prescriben por 30 años, las personales por 20, sin que pueda oponerse a la prescripción, la falta de título ni de buena fe. El derecho de hacer uso de la vía ejecutiva se prescribe por 10 años, (artículo 2.052, mismo Código). Hay, además, otras prescripciones más cortas, como pasa, por ejemplo, con las pensiones alimenticias, el precio de los arrendamientos, y los intereses de las cantidades que los devengan, que se prescriben por 5 años, o con la obligación de pagarles a los abogados, a los procuradores, y a toda clase de curiales, sus honorarios, salarios y gastos, que se prescribe por 3 años, así como también a los Registradores sus derechos por los instrumentos que autorizan, a los agentes de negocios sus salarios, a los médicos y boticarios sus honorarios y medicinas, lo mismo que a los ingenieros, arquitectos y agrimensores, profesores, maestros y repetidores de ciencias y artes, sus asignaciones. La misma prescripción rige respecto del precio de las mercancías que un comerciante le vende a una persona que no lo sepa y así en otros casos más: (artículos 2.055 y 2.057, mismo Código). Hay también una prescripción de dos años, y es la de la acción del propietario o poseedor de la cosa mueble, para recuperar la cosa sustraída o perdida, sin perjuicio de la obligación de reembolsarle al poseedor la cantidad que le hubiere costado la cosa si la compra en una feria o mercado, en una venta pública, o a un comerciante que venda públicamente objetos análogos, y siempre, naturalmente, que el referido plazo de dos años no haya hecho extinguir la acción reivindicatoria, o la posesoria por el trascurso de un año: (artículos 2.061 y 785, Código citado).

probar que él, en cambio, había poseído de buena fe. La posesión, pues, continuaba de derecho en el sucesor a título universal. Cuando se trataba de un sucesor a título particular, como sucedía con el comprador o con el legatario, por ejemplo, entonces lo que sucedía era que la posesión de estos comenzaba en ellos mismos y sólo se les admitía a que agregaran a la suya la de sus causantes. Esto era lo que el derecho romano llamaba *accessio possessionis,* al paso que cuando se trataba de un continuador jurídico del poseedor, como era el heredero, había entonces una *sucessio in possessionem* o *in usucapionem,* que decían ellos. Antes de Justiniano, la *accessio possessionis* se daba limitativamente, como pasaba, por ejemplo, con el comprador en los tiempos de Severo y Caracalla, pero Justiniano la hizo extensiva a todos los sucesores a título particular, sin distinguir entre usucapión y prescripción.

Cabe también observar que la antigua usucapión *pro herede* que se realizaba con el transcurso de un año, aun cuando hubiera inmuebles formando parte de ella, había sido profundamente modificada, principal y señaladamente en la legislación del Bajo Imperio. Primitivamente, el que había poseído por un año la totalidad o la mayor parte de los bienes que componían una herencia adquiría, por usucapión, la

propiedad de la misma y el carácter de heredero universal del antiguo dueño de esa herencia. De tal manera, los acreedores del *de cujus* tenían en el usucapiente un deudor contra quien podían dirigir sus acciones, y el culto privado del *de cujus* se perpetuaba en este mismo heredero. Pero cuando el Pretor autoriza a los acreedores a sacar a subasta el patrimonio del deudor, porque la evolución del derecho ha llegado a sentar el principio de que los bienes de éste son la prenda común de aquéllos, ya entonces la usucapión *pro herede* resultaba anacrónica. De aquí, pues, que esta usucapión, (que por lo demás era odiosa y que la gente honrada la veía con menosprecio), se transformara en el curso de la evolución del derecho civil, como había pasado con la usucapión ordinaria de los primeros tiempos. La primera modificación que sufrió la institución a que venimos refiriéndonos, fué la de atribuir la propiedad de las cosas que constituían la herencia, por el transcurso de un año, aun cuando hubiera inmuebles en ella, como hemos visto, pero no le atribuía al usucapiente el carácter de heredero. Se exigía, sí, para usucapir la herencia, que la persona a quien pertenecían los bienes, hubiera muerto efectivamente, sin valerle al poseedor el hecho de haber creído de buena fe que la herencia estaba vacante. Se requería también que él hubiera sido el primer

poseedor, porque si otro había poseído antes la herencia se consideraba que el nuevo poseedor había cometido un *furtum,* impidiéndose de este modo que pudieran usucapirse las cosas de que el verdadero heredero estaba ya en posesión. Se exigía, por último, que el usucapiente no hubiera sido un poseedor precario de las cosas que componían la herencia, pues ello hubiera equivalido a la violación de la regla fundamental del derecho romano, y a la que tuvimos ya ocasión de referirnos, de que nadie podía cambiarse por sí mismo la causa de su posesión, y la cual, enunciada en otros términos, equivalía a decir que nadie podía usucapir contra su título. El poco favor con que era vista en Roma la usucapión *pro herede* y al que ya nos hemos referido, hizo que se diera todavía, en este punto, un paso más adelantado, y fué así como se llegó a darle al heredero, y lo mismo al *bonorum possesor,* una acción cuyos fines eran los mismos que se obtenían por medio de la *petitio hereditatis,* que examinaremos en su lugar. La referida acción se denominaba *petitio hereditatis ficticia,* y con ella las enunciadas personas obtenían la devolución de los bienes hereditarios, no obstante haber sido usucapidos *pro hedere* por el demandado. Tal fué lo decidido por un Senado-Consulto promulgado a solicitud de Adriano, siendo de observar que sus efectos se reali-

zaban aun cuando el poseedor se hubiera creído, de buena fe, llamado a la herencia de que se trataba, ya fuera esta civil o pretoriana. El referido Senado-Consulto, como lo hace notar Accarias, no constituyó un medio indirecto de acabar con la *usucapio pro hedere,* porque ésta surtía sus efectos siempre que el demandante no fuera ni el heredero ni el *bonorum possesor.* El Senado-Consulto en cuestión sí le arrebató a esta clase de usucapión su carácter lucrativo, hasta que Marco Aurelio la condenó definitivamente a desaparecer, ordenando que fuera enjuiciado criminalmente el que se había apoderado, sin derecho y sin buena fe, de una herencia que no le pertenecía.

La ley era, por último, el medio de adquirir que falta por analizar, y consistía en un derecho de alcanzar el dominio en virtud de una expresa decisión de aquélla. En un sentido amplio todas las adquisiciones podían ser consideradas modos de adquirir según la ley, del propio modo que cuando analizemos el concepto jurídico de lo que se entendía por obligación en el derecho romano, veremos que podía decirse, en un sentido lato, que la fuente de todas las obligaciones estaba en la ley; pero en un sentido muy limitado se entendía por modo de adquirir según la ley, aquel que estaba expresamente reconocido por una ley o por un acto legislativo equivalente. Así pasaba, por ejemplo,

cuando a una misma herencia concurrían dos herederos de los cuales uno de ellos era célibe, y padre de familia, el otro: la ley *Pappia Popea* llamaba a la herencia al segundo, prefiriéndolo al *orbus:* el pater familias, pues, adquiría la herencia *lege,* como decían los romanos. El legado *per vindicationem,* sancionado por el Código de las XII Tablas, es también otro ejemplo de adquisición *lege.*

De los modos de adquirir del derecho antiguo desaparecieron la *mancipatio* y *la cessio in jure,* que no existían en el derecho de Justiniano donde prevalecían únicamente los demás, bien que la usucapión se llamaba prescripción como en el derecho contemporáneo.

NOTA.—Pueden consultarse: Accarias, obra citada, Tomo citado. Bonfante, Istituzioni di Diritto Romano; Girard, obra citada; Cuq, obra citada, Tomos citados; Gómez de la Serna, obra y tomo citados; Arnoldo Vinnio, "Comentario académico y forense", Tomo I; "Lecciones de Derecho Romano", Universidad de Barcelona; obra citada, Tomo I.

CAPITULO IV

MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO (Continuación)

Dijimos en el capítulo anterior que los modos de adquirir, según el derecho de gentes, eran: la ocupación, la accesión, la especificación y la tradición.

La ocupación consistía, en la aprehensión de las cosas susceptibles de propiedad privada, que no tenían dueño, con el ánimo de hacerlas suyas el ocupante. [1] Cuando la ocupación recaía en seres vivientes, llamábase caza o pesca; cuando recaía en seres inanimados, llamábase invención o hallazgo. La caza era la ocupación de los animales fieros o salvajes. Los romanos hacían muchas distinciones a este respecto, porque entendían por animales fieros, los que vagaban libres y eran aprehendidos por la fuerza, como pasaba, por ejemplo, con los animales salvajes y con los peces, y con las abejas, que no habían adquirido la costumbre de ir y venir, ni acostumbrádose a la com-

(1) Artículo 788, Código Civil citado.

pañía del hombre. Cuando esa costumbre existía, como pasaba con las palomas y las abejas que emigraban para regresar a sus colmenas, no podían ser adquiridos u ocupados del mismo modo que los animales propiamente fieros. El cazador, por ejemplo, que se apoderaba de uno de estos animales, lo hacía suyo, y lo mismo pasaba con los animales amansados que perdían la costumbre de ir y venir. Se discutía en el derecho antiguo si, herido un animal fiero por un cazador, podía un tercero apoderarse de él. En la época de Justiniano se decidió que, cuando el cazador perdía toda probabilidad de apoderarse del animal herido, podía otro hacerlo suyo. Cuando la caza se hacía en terreno ajeno, la cacería le pertenecía al cazador; pero si el propietario había prohibido la entrada a su fundo para tal objeto, el cazador le debía una indemnización por el abuso que había cometido, pero la cacería era indiscutiblemente del cazador. En cuanto a los animales domesticados, no podían ser adquiridos por ocupación, y el que se los apropiaba cometía un robo.

Por lo que hacía a la pesca, se aplicaban las mismas reglas que para la caza: los peces, ya se encontraran en el mar, ya en un río o en un estanque público, eran del primer ocupante, pero si el estanque era particular, se incurría también en hurto.

Cuando era, por ejemplo, un pájaro el que se fugaba, bastaba que se perdiera la posibilidad de cogerlo o que se hubiera perdido de vista para que cualquiera pudiera hacerlo suyo. [2]

La invención o hallazgo era la ocupación de las cosas inanimadas que no tenían dueño, *(res nullius)*, o de las cosas que se abandonaban, *(res derelicta)*, que decían los romanos. Si una isla surgía del mar, era del primero que la ocupaba. Debemos advertir que para que una cosa fuera derelicta, se requería que el abandono hubiera sido voluntario, porque si no lo era, la cosa seguía perteneciendo a su dueño. Entre las cosas susceptibles de invención o hallazgo colocaban los romanos el tesoro, llamado entierro en el lenguaje familiar de nuestros días. El inventor de un tesoro era el que lo descubría, y lo hacía suyo, porque, para que se lo llamara tal, debía tratarse de un antiguo de-

(2) En la Legislación Venezolana el ejercicio de la caza y de la pesca es materia que está reglamentada, por leyes especiales. El Código Civil se limita, en este punto, a sentar el principio de que no se permitirá, sin embargo, introducirse en un fundo ajeno, contra la prohibición del poseedor, para el ejercicio de la caza. Respecto de los enjambres de abejas, todo propietario de ellos tiene el derecho de seguirlos en fundo ajeno; pero con la obligación de reparar los perjuicios que le ocasionen al poseedor del fundo. Pero la Ley limita el ejercicio de este derecho, pues cuando el propietario no haya seguido el enjambre en los dos días inmediatos, o haya dejado de seguirlo durante dos días, el poseedor podrá tomarlo y retenerlo. Igual derecho tiene el propietario de animales domesticados, a quien la ley concede un plazo de veinte días para seguirlos. Pero si las palomas, conejos, abejas y peces, que se pasaren a otra palomera, conejera, colmena o vivero, no hubieren sido atraídos a ellos por artificio o fraude, entonces serán de la propiedad del dueño de éstos objetos por derecho de accesión: (artículos 789, 790 y 549 del Código Civil).

pósito de dinero del cual no se tuviera memoria ni se conociera su dueño. [3] Cuando el tesoro era descubierto en un terreno ajeno, disponía una Constitución Imperial de Adriano que fuera distribuído así: mitad para el inventor, y mitad para el dueño del terreno. Esta disposición legal se aplicaba cuando el descubrimiento era obra de la casualidad, [4] pero cuando se trataba de un trabajo *ad hoc,* se disponía entonces que la totalidad del tesoro perteneciese al dueño del terreno. Cuando el tesoro era descubierto en terreno sagrado, religioso o santo, pertenecía íntegro al inventor, por no tener dueño esos terrenos, y siempre que el hallazgo hubiera sido obra de la casualidad. Cuando el terreno era del Emperador o de una ciudad, a estos pertenecía la mitad, y la otra al inventor.

El botín de guerra se adquiría también por ocupación, y las cosas del enemigo, ocupadas bélicamente, pertenecían al ocupante. Esta ocupación bélica pertenecía al soldado en los casos en que se le había permitido a éste el saqueo; pero cuando no era este el caso, tanto los inmuebles, como las cosas muebles del enemigo, pasaban a ser propiedad del Estado Romano.

La accesión era la adquisición de cosas producidas por las cosas mismas que pertenecían a una per-

---

(3) Artículo 791, Código citado.

(4) Mismo artículo, único aparte.

sona, como sucedía con el parto de los animales, con la cosecha de una hacienda o con los alquileres de una casa o los réditos de un dinero que había sido dado a préstamo. De una manera general era la adquisición de lo que era accesorio a aquellas mismas cosas. En el primer caso, a esos productos se los denominaba frutos naturales; en los dos últimos casos del alquiler y de los réditos, se los llamaba frutos civiles. Los frutos naturales, pues, eran los que provenían directamente de la cosa, con industria del hombre o sin ella, y le pertenecían, por derecho de accesión, al dueño de las cosas que los producían. (5) Los frutos civiles eran los que se obtenían con ocasión de la cosa: le pertenecían, por igual derecho, al propietario de la cosa y se reputaban adquiridos día a día. (6)

Hemos dicho que llamábase también accesión, lo que se agregaba a una cosa y que formaba un todo con ella, como pasaba, por ejemplo, con el aluvión, que era el aumento paulatino que iba verificándose en un terreno por las moléculas de tierra que la corriente iba depositando en él, y que a la larga iban constituyendo agregaciones o incrementos de terrenos que se formaban sucesiva e imperceptiblemente en los fun-

---

(5) Artículo 531, Código Civil citado.

(6) Artículo 531, Código Civil citado.

dos situados a orillas de los ríos, [7] o como pasaba con la avulsión, que era cuando la fuerza de un río arrancaba una parte de un predio ribereño y la agregaba a otro predio al que se juntaba. [8] En este último caso el río arrancaba por fuerza súbita una parte considerable e identificable de un fundo ribereño y la arrojaba, o bien sobre un fundo inferior, o bien sobre la ribera opuesta. El derecho romano, en este caso, decidía que el pedazo de tierra desprendido continuaba siendo de la propiedad de su dueño, a menos que éste hubiera dejado discurrir cierto lapso sin reclamar, [9] y que los árboles, arrancados con dicho terreno, hubieran echado raíces en el predio inferior. En la práctica no era posible que el dueño del predio, a quien perteneciese el terreno desprendido, lo hubiera podido retirar del predio inferior para reincorporarlo en el suyo; lo que pasaba era que tenía el derecho a una indemnización debida al beneficio experimentado por el dueño del predio inferior con el agregado de terreno.

Los romanos consideraban entre los casos de accesión el nacimiento de una isla que podía formarse, o bien cuando un río invadía terrenos particulares y

(7) Artículo 540, Código Civil citado.

(8) Artículo 543, Código Civil citado.

(9) Artículo 543, antes citado.

formaba una isla, o bien cuando ésta se formaba por cuerpos u objetos flotantes, o por un proceso aluvional en que las partículas de tierra lentamente acumuladas en el cauce del río terminaban por sobrepasar el nivel de las aguas. Se consideraba también el caso de que el río cambiara de cauce, y una parte de las aguas siguieran corriendo por el lecho anterior. Cuando se trataba de terreno invadido por las aguas era lógico que la isla fuera del dueño del terreno. Cuando se trataba de islas flotantes, o cuando la isla surgía en el mar, pertenecía al primer ocupante. [10] Cuando se trataba de islas formadas en el álveo de un río, por los motivos dichos, se decidía que pertenecía a los dueños de los predios ribereños, y para saber en qué proporción eran aquellos condueños en esas islas, lo que se hacía era que se trazaba una línea por la mitad del cauce y luégo se prolongaban los límites de los predios ribereños hasta esa línea, [11] de manera que cada ribereño venía a ser copropietario de la isla, proporcionalmente a la extensión del frente de cada heredad a lo largo del río. Cuando se trataba del cambio de cauce, el viejo cauce pertenecía a los predios ribereños en la misma medida en que les pertenecía la isla que nacía en el álveo, procediéndose de la mis-

(10) Artículo 544, Código Civil citado.
(11) Artículo 545, Código Civil citado.

ma manera que en dicho caso. [12] Pero si el río recobraba más tarde su antiguo cauce, el nuevo lecho abandonado se partía entre los nuevos ribereños, cualesquiera que fuesen.

Pasando ahora a la accesión en los muebles, debemos decir que la regla fundamental era que lo accesorio seguía a lo principal, de manera que averiguado el dueño de lo principal, se sabía que este mismo debía serlo también de lo accesorio. Por cosa principal se entendía en Roma, la que podía subsistir sin la accesoria, al paso que ésta no podía existir sin aquélla. Cuando las dos cosas podían subsistir a la vez, por sí solas, se atendía entonces al papel subordinado que desempeñaba una de ellas, para que se considerara accesoria a ésta, y principal a la otra. Se prescindía del valor de las cosas, de manera que incrustada una piedra preciosa, por ejemplo, en un anillo, lo principal era éste y lo accesorio la piedra por valiosa que fuera. Sucedía, a veces, que las dos cosas podían subsistir independientemente la una de la otra, sin que la una sirviera de adorno o complemento a la otra . En estos casos era principal la que tuviera mayor tamaño o volumen.

Los intérpretes han dado el nombre de adjunción, a la incorporación de un mueble en otro mue-

(12) Artículo 548, Código Civil citado.

ble, de los cuales, como antes dijimos, uno desempeña el papel de principal y otro el de cosa subordinada o de elemento integrante: tal era el caso en que una persona en Roma tomaba la púrpura de otra para adornar su traje. En estos casos de adjunción, el derecho romano aplicaba los principios de la equidad, en el sentido que esta tenía en el derecho bizantino, y si las cosas muebles pertenecientes a diferentes dueños se encontraban unidas formando un todo único, pero pudiendo separarse sin notable deterioro, cada propietario conservaba la propiedad de la cosa y podía pedir la separación. [13] A este efecto se comenzaba por intentar contra el dueño de la cosa principal, la acción *ad exibendum,* con lo cual se lograba la separación de la cosa accesoria, y una vez separada, el dueño de esta cosa intentaba la acción reivindicatoria. Cuando las cosas no podían separarse sin notable deterioro de cualquiera de ellas, entonces todo le pertenecía al dueño de la cosa que fuera más notable y principal, pero como nadie podía enriquecerse con perjuicio de otro, debía pagarle una indemnización al propietario de la cosa accesoria. [14] Desde luego que, si había un robo de por medio, se procedía contra su autor por la acción *furtum.*

---

(13) Artículo 551, Código Civil citado.

(14) Artículo antes citado, mismo Código, único aparte.

Ahora bien, cuando era una cosa mueble la que se hacía formar parte de un inmueble, se aplicaban en el derecho romano las dos siguientes reglas que se enunciaban así: *suferficies solo cedit* y *plantae quae terra coalescunt solo cedunt.* Indicaban los romanos con la primera de las citadas reglas, que toda construcción o trabajo hechos en el suelo debían considerarse como parte integrante de éste. De donde resultaba que el propietario del suelo lo era también de las construcciones, quien fuese que hubiera sido el autor del trabajo, y sin atender a la proveniencia de los materiales empleados. Debemos advertir que suelo tenía en el derecho romano una doble significación, porque no sólo indicaba el terreno en que se construía, sino la parte del edificio sobre la cual se edificaba. Dos hipótesis contemplan las Institutas: la primera, cuando el propietario de un terreno empleaba materiales de otro en la construcción que hacía sobre dicho terreno; y la segunda, cuando una persona empleaba materiales que le pertenecían, en la construcción que hacía sobre un terreno ajeno. Desde luego que en ambos casos el dueño del terreno era, por derecho de accesión, dueño de la construcción. Pero había que hacer varios distingos. En efecto, prohibía el derecho romano que el dueño de los materiales pudiera reivindicarlos, obteniendo antes su separación por medio de la referida ac-

ción *ad exibendum*, pero ello mientras estuviera en pie el edificio, pero si éste se arruinaba por un caso fortuito, o si su dueño voluntariamente lo demolía, entonces el propietario de los materiales podía reivindicarlos. Pero, naturalmente, en aplicación del citado principio de que nadie podía enriquecerse con perjuicio de otro, se le daba al dueño de los materiales que no quería esperar a que se realizara alguna de las dos hipótesis a que acabamos de aludir, una acción que se llamaba *de tigno juncto*, por medio de la cual lograba que se condenase al que se había aprovechado de los materiales a que le pagara el doble de lo que ellos valían. Desde luego que cuando los materiales habían sido robados, la acción penal colocaba al dueño de los materiales en la posibilidad de obtener, en calidad de pena impuesta al reo, una cantidad doble o cuádruple del perjuicio causado, a lo cual podía agregar la reivindicatoria, que le daba, exactamente, el valor de la cosa. Esto si no optaba por la acción de *tigno juncto* que parece haber estado destinada, únicamente, al caso en que los materiales empleados en la construcción habían sido robados por otro que no era el constructor. Cuando éste tenía buena fe, y no había, de consiguiente, ningún acto fraudulento de su parte, debió dársele al dueño de los materiales una acción *in factum* para que se le pagara el valor de

dichos materiales, y no el doble o más, como pasaba cuando la mala fe había estado en juego.

Cuando se trataba de una construcción que había sido hecha en terreno ajeno con materiales pertenecientes al constructor, desde luego que la construcción le pertenecía al dueño del terreno, pero hubiera sido contrario a la equidad que habiendo adquirido el terreno donde aquella había sido hecha mayor valor del que tenía antes, no hubiera estado obligado el dueño del terreno a pagarle éste más valor al dueño de los materiales, y esto era lo que pasaba cuando el constructor había tenido buena fe. Por supuesto que esta era la solución cuando el dueño del terreno encontraba que el costo de la obra era inferior al mayor valor que debido a ella había alcanzado el terreno, porque cuando era lo contrario, lo que pagaba era solamente lo que había gastado el constructor. Ambas soluciones eran igualmente equitativas, porque aun cuando resultaba que en el segundo caso podía que llegara a haber alguna ventaja para el dueño del terreno, no podía decirse que había habido un enriquecimiento en perjuicio del dueño de los materiales. [15] Desde luego que cuando el edi-

(15) El propietario del fundo donde se edificare, sembrare o plantare por otra persona con semillas o materiales de ella misma, tiene el derecho de hacer suya la obra, o de obligar al que la ejecutó a que la destruya. Si el propietario elige el segundo derecho, la destrucción debe hacerse a costa del que hizo la obra, el cual puede, además, ser condenado en daños y perjuicios por los que hayan sobrevenido al fundo. Sin embargo, el propietario no puede pedir la destrucción de las plantaciones, siembras, construcciones u

ficio o construcción se arruinaba o era demolido, el propietario de los materiales podía reivindicarlos, porque mientras no recibiera las compensaciones que quedan analizadas permanecía siendo el dueño de ellos. Ahora bien, cuando el dueño de los materiales no podía invocar su buena fe, entonces el dueño del terreno hacía suya la obra sin estar obligado a pagar indemnización ninguna; pero más tarde se le admitió a que pudiera reivindicar sus materiales, al demolerse o arruinarse la obra, siempre que probara que en él no había habido *animo donandi*, y más luego a que se los llevase si era que podía retirarlos del fundo ajeno sin que éste sufriera menoscabo.

La otra regla del derecho romano, y a la que ya aludimos, era, como se recordará, la relativa a las plantaciones que se hacían, bien en terreno propio con semillas de otros, bien en terreno ajeno con semillas pertenecientes al plantador. La plantación de árboles, naturalmente, estaba contemplada por la misma regla. El principio que dominaba esta materia, era que

---

obras ejecutadas por un tercero que haya sufrido evicción y que, por su buena fe, no haya sido condenado a la restitución de frutos, sino debe pagarles de una de las dos maneras dichas anteriormente. (Artículo 537, Código Civil citado).

Si las plantaciones, siembras o construcciones se han ejecutado por un tercero con materiales de otro, el dueño de estos materiales no tiene derecho a reivindicarlos; pero puede exigir indemnización del tercero que hizo uso de ellos, y también del propietario del suelo, mas sólo sobre la cantidad que éste último quede debiendo al ejecutor de la obra. (Artículo 538, Código citado).

el árbol pertenecia al dueño del terreno en que estaban sus raíces: *cujus in fundum radices egisset,* partiéndose de la base de que aquél recibía su vida y alimento del terreno en que estaba plantado. De aquí que mientras el árbol no echaba raíces en terreno ajeno, seguía perteneciéndole a su dueño, pero una vez que arraigaba, la propiedad era atribuída al dueño del terreno. Desde luego que con arreglo al tantas veces enunciado principio de que nadie podía enriquecerse con perjuicio de otro, el dueño del terreno que se beneficiaba con la plantación, debía indemnizar al plantador. Muchas veces pasaba, y era un caso contemplado por las Institutas, que el árbol plantado en una heredad echaba sus raíces en la del vecino, y por este solo hecho el árbol se hacía de la propiedad de éste último. Y si las raíces estaban en el uno y en el otro predio a la vez, el árbol se hacía comunero. Lo mismo pasaba cuando no era ya un árbol el que se plantaba, bien fuera en suelo propio o en ajeno, sino cuando eran granos o semillas los que se sembraban en el suelo de otro. Los granos sembrados cedían al suelo por la misma razón que las plantas arraigadas. Mas, como el que había edificado en terreno ajeno podía oponer una excepción de dolo cuando el dueño le reclamaba el edificio, con lo cual lograba los fines que ya hemos examinado, del mismo modo podía hacerlo

el que a sus propias expensas había plantado de buena fe en campo de otro. Tal era el texto de las referidas Institutas.

La accesión en los muebles se verificaba también cuando dos cosas formaban una sola, no siendo fácil separarlas, lo cual se realizaba en tres casos, a saber: conjunción, conmixtion o mezcla, y confusión. Ahora bien, los intérpretes se han valido de la palabra especificación para designar este modo de adquirir que no era en Roma ni la ocupación ni la accesión propiamente dichas, sino la creación de una cosa que no existía, *species facta,* y de aquí la expresión; pero debemos advertir que los jurisconsultos romanos no empleaban el vocablo.

La teoría de la especificación en el derecho romano dió margen a que Sabinianos y Proculeyanos encontraran un nuevo motivo de disensiones. Para los segundos había extinción de la cosa primitiva, y dándole más importancia a la forma que a la materia, sostenían que debía atribuirse la propiedad de la nueva cosa al creador de la industria, que era el autor de la especificación. Sostenían los primeros, por el contrario, que la propiedad debía atribuirse al dueño de la materia empleada, quien no había prestado su consentimiento para este traslado de propiedad que era la base de la opinión de la secta contraria. Una opi-

nión ecléctica fué la que vino a predominar, y fué a la que adhirió, más tarde, la legislación de Justiniano. Según ésta, debía atenderse a si la nueva especie podía o no recobrar su forma anterior: si podía recobrarla, entonces la nueva especie le pertenecía al dueño de la materia empleada, sin atender al trabajo que se había empleado o al valor artístico que tuviera la obra, triunfando en este caso la doctrina de los Sabinianos; si no podía devolvérsele a la cosa empleada su forma primitiva, entonces triunfaban en su opinión los Proculeyanos, y la propiedad de la nueva cosa era del que la había creado. De aquí resultaba que cuando se fundía un objeto de metal y se hacía con éste una estatua, el dueño del metal lo era tambén de la estatua, porque refundida ésta, el metal recobraba su primitivo estado; pero si era vino lo que se obtenía con uvas ajenas, como éstas no podían recobrar su estado primero, el vino le pertenecía al especificante.

La conjunción se verificaba cuando una cosa se incluía en otra, como en el ejemplo ya propuesto de la piedra preciosa en el anillo, en cuyo caso el dueño de éste lo era también de aquélla. En este caso decíase que había inclusión: podía ser que hubiera habido también soldadura, textura, escritura y pintura. Había soldadura cuando una parte de una cosa se unía a la cosa misma, como pasaba, por ejem-

plo, con el brazo que se le adhería a la estatua, en que había una verdadera accesión cuando no podía separárselo fácilmente, como sucedía en el caso que los romanos llamaban *ferruminatio*, que era la soldadura de cuerpos homogéneos, distinta de la *plombatura*, que ellos decían, y que era la que se hacía con plomo u otro metal distinto, en que por lo mismo que las cosas soldadas o yuxtapuestas podían separarse fácilmente, no había propiamente accesión como sí la había en el otro caso.

El bordado, también, era otro caso de accesión, y pasaba lo mismo con el tejido. En efecto, cuando se bordaba una tela con hilos de plata o de oro que pertenecían a un tercero, el dueño de la tela pasaba a ser dueño de los hilos empleados en el bordado, por derecho de accesión, en virtud de la regla de que lo accesorio seguía la suerte de lo principal, pues la tela o vestido era en estos casos lo que se consideraba principal. Con la escritura pasaba cosa análoga, y lo que se escribía en el papel o en el pergamino de otro pasaba a ser de la propiedad de éste y no del autor del escrito, bien fuera una composición del autor de la escritura, bien la copia de la obra de otro. Pero con la pintura el criterio del derecho romano, en la época de Justiniano, era enteramente distinto, porque entonces no se consideraba la tela o la plancha ajena

sobre las cuales se ejecutaba el trabajo como la cosa principal, sino que *propter excelentian artis,* que ellos decían, lo principal venía a ser la pintura. Para la época del jurisconsulto Paulo la regla que se seguía era la misma que cuando se trataba de la escritura en el papiro ajeno; pero parece que una jurisprudencia anterior había consagrado la misma doctrina que sentó luego Justiniano en sus Institutas. Desde luego, que tanto en este caso de la pintura, al igual de lo que pasaba con la escritura, lo que sucedía era que en realidad había una obra nueva creada por el arte del pintor o por la mente del autor, y era verdaderamente equivocado considerar que se trataba de un simple caso de accesión de cosa accesoria y de cosa principal. Pero tal no fué la mente del derecho romano en la citada época. Gayo tenía razón en censurar que hubiera dos criterios distintos cuando se trataba de pintura y de escritura, y que no le fuera aplicada a ésta la misma regla que se seguía para aquélla.

Desde luego que en todos estos casos, en aplicación del conocido principio de que nadie debía enriquecerse con perjuicio de otro, había ocasiones en que no sólo le debía pagar al dueño de la cosa accesoria el valor que ésta tenía, sino hasta daños y perjuicios, como pasaba, cuando había habido mala fe. Así, el dueño de una piedra preciosa, no sólo tenía el dere-

cho a que el dueño del anillo de oro en que había sido incrustada le pagara el valor de esa piedra, sino que, cuando había habido mala fe, debía pagar, además de su justo valor, los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado, además de la acción de *furtum* a que también tenía derecho si la piedra le había sido sustraída fraudulentamente. En el caso de la pintura pasaba otro tanto: qué quería el dueño de la plancha o de la tela en que se había pintado el cuadro o en que el pintor había copiado el cuadro de otro reivindicar el cuadro, pues el pintor oponía, sencillamente, una excepción de dolo que producía los efectos de que ya hemos hablado, y que en el caso concreto, se limitaba a conservar el cuadro pagándole al dueño de lo accesorio el valor de su cosa, o bien convenir en la reivindicación a cambio de hacerse pagar el precio de la pintura: qué se había robado la tela o la plancha, pues contra él la acción de *furtum*, que ya hemos visto las consecuencias que tenía, y también la *convictio*.

Había conmixtión o mezcla, cuando cosas sólidas, que pertenecían a diferentes dueños, se confundían en una masa común en que era imposible identificarlas: es el caso que traen las Institutas, del trigo de Ticio que se unía al del que hacía la mezcla. En este caso había que distinguir si la mezcla era o no era el resultado de un acuerdo mutuo, porque en el primer

caso se producía, sencillamente, una comunidad a la que ponía término la acción *communi dividundo*. Pero bien podía suceder que no hubiera habido tal acuerdo, y entonces la mezcla era la obra de uno de los propietarios, o el hecho de un tercero, o puramente casual. En estos casos, como era imposible devolverle a cada propietario los granos que a cada uno de ellos correspondía, lo que hacía el Juez era determinar la porción que en el todo le correspondía a cada uno, tomando en cuenta la calidad y la cantidad de las cosas de cada uno que habían entrado en la mezcla. El que tenía la totalidad de la mezcla estaba entonces obligado, por esta decisión, a hacer al demandante la tradición de dicha porción, y si no lo hacía, incurría en una condenatoria pecuniaria que el actor mismo señalaba. Cuando en la conmixtión se podían separar fácilmente los cuerpos, entonces les eran entregados a sus respectivos dueños, porque de ellos cada uno conservaba su propiedad, y no se había formado una especie nueva ni había tampoco una cosa común. Tal era el caso que ocurría cuando se mezclaban las reses de dos o más rebaños en que lo que cada uno hacía era separar las que le pertenecían.

Había confusión cuando eran dos cuerpos líquidos, pertenecientes a propietarios distintos, los que se mezclaban, produciéndose, no una nueva especie, sino

un todo del cual no era posible separar lo que a cada quien correspondía. Así resultaba cuando los vinos de dos propietarios diferentes se confundían en una misma ánfora. El producto se hacía cosa común cuando era obra de la voluntad de los propietarios, disolviéndose la comunidad resultante por medio de la citada acción de división de la cosa común. Cuando no había habido acuerdo, y los líquidos mezclados eran de igual calidad y habían sido mezclados en igual cantidad también, no había problema; pero si eran de diferente calidad, y la cantidad había sido también distinta respecto de cada propietario, entonces el Juez procedía en la forma antes establecida para la conmixtión, sin que se formara una cosa común, como dice, explícitamente, el texto de las Institutas.

La tradición era otro de los medios de trasmitir el dominio según el derecho de gentes. Definíanla los romanos, diciendo que era un modo derivativo de adquirir, por el cual, el dueño que tenía capacidad y ánimo de enajenar una cosa corporal en virtud de un justo título, la entregaba a otro que la aceptaba: *Modus adquirendi derivativus, quo dominus qui jus et animum alienandi habet rem corporalem, ex justa causa, in accipientem transfert.* En el fondo, con la palabra tradición, lo que se quería significar era la entrega de la cosa objeto del contrato, o lo que era lo

mismo, la traslación de la posesión de esa misma cosa. Diferenciaban los jurisconsultos romanos la entrega voluntaria a un tercero de la detención material de una cosa, sin que el que tal hiciera se desprendiera del *animus domini,* de lo que propiamente llamaban *traditio,* en que la entrega de la cosa iba acompañada de la reunión al ánimo de seguir poseyendo la cosa como dueño. En el primer caso, decían los romanos que había *nuda traditio,* y tal sucedía en los casos de arrendamiento, o en el depósito o en la prenda, por ejemplo, en que lo que hacían el arrendatario, el depositario y el acreedor prendario, era poseer por otro propiamente. En el segundo caso, la posesión jurídica pasaba del tradente a aquel a quien se le hacía la tradición. Era, pues, la tradición un hecho, pero un hecho que producía derechos, cuya importancia fué decisiva, principal y señaladamente, en la época en que no se había desarrollado todavía completamente la teoría de las obligaciones en el derecho romano, y se consideraba que un simple pacto o un contrato mismo no eran bastantes a transferir el dominio. Cuando se trataba de la *nuda traditio,* bastaba que la cosa fuera puesta a disposición física de la persona a quien se le hacía. Había casos en que la cosa pasaba materialmente de las manos del que hacía la tradición a la persona a quien se le

hacía, pero había otros en que bastaba, simplemente, la posibilidad de tal posesión o detención de la cosa, como pasaba, por ejemplo, cuando se le entregaban al acreedor prendario las llaves de un granero, o cuando el antiguo propietario de una cosa que la conservaba desde luego en su nombre por el hecho de haberla vendido o donado a un tercero, convenía con éste o aquél en que la seguiría deteniendo, no ya como suya, sino como ajena. Otras veces pasaba que una simple tradición tácitamente equivalía a que se hubieran hecho dos o varias. Así pasaba, por caso, cuando estando la cosa en poder de un tercero para ser entregada al acreedor, le daba éste la orden al deudor de que la entregara a un tercero, por habérsela vendido o por cualquier otro título. Había en este caso una sola tradición, que equivalía, sin embargo, a dos, que hubieran sido, de haberse efectuado: la entrega de la cosa por parte del deudor a su acreedor, y luego, el paso de la cosa de las manos de este acreedor a las del tercero.

En los primeros tiempos sólo se empleaba la tradición para la adquisición de las cosas *nec mancipi,* pues para las *mancipi,* como lo vimos, sólo podían emplearse la *mancipatio* y la *cessio in jure,* que eran medios del derecho civil. Además se exigía, como lo hemos visto, que la cosa fuera corporal. Pero cuan-

do la nomenclatura de cosas *mancipi* y *nec mancipi* perdió su antigua importancia, entonces la tradición vino a ocupar el sitio de aquéllas y pasó a ser el modo corriente y general, digamos, de transferir la propiedad. Varias condiciones debían concurrir para que el dominio pudiera ser transferido en el derecho romano por el empleo de la tradición. Exigíase, en primer término, que el tradente fuera el dueño de la cosa tradida, con capacidad para enajenar, y que la cosa tuviera, por su parte, los requisitos de ser corporal y *nec mancipi.* Pedíase, en segundo lugar, que la persona que recibía la cosa aceptara la tradición, y tuviera, a su vez, capacidad para adquirir. Requeríase también el acuerdo de la voluntad de las partes, de manera que la intención del *tradens* fuera trasmitir el dominio, y la del *accipiens* adquirirlo. No dejaba de ser enérgica esta consecuencia, porque bien pudiera ser que quien hacía la tradición entendiera que se trataba de un legado, por ejemplo, y quien la recibía juzgase o creyese que se trataba de una donación. La propiedad, con todo, quedaba transferida, y tan así era, que si había lugar a una repetición por causa de un pago indebido, el que había recibido la cosa estaba en la obligación legal de retransferirle la propiedad al tradente. Pero a fin de descartar la posibilidad de cualquiera confusión en este punto, debe-

mos advertir, que el transferimiento de propiedad se hacía cuando el uno y el otro pensaran en transferir y en adquirir el dominio, aun cuando no estuvieran de acuerdo en la causa de la traslación de dominio, como sucedía en el ejemplo propuesto. Pero si el *tradens* creía que era a título de mutuante que el debía hacerle al *accipiens* la tradición, y este último pensaba que era a título de comodatario que él recibía la cosa, en este caso no había traslación de propiedad. Lo mismo pasaba cuando las partes no estaban de acuerdo en el objeto del contrato, o sea, sobre la cosa que debía tradirse. Lo propio pasaba con la capacidad del *tradens,* que debía existir no sólo en el momento de ajustarse el contrato de que era objeto la tradición, sino en el momento también en que ésta se hacía: el *infans,* pues, y el loco, no podían, por sí solos, hacer la tradición, aun cuando ésta hubiera sido la resultante de un contrato anterior válidamente celebrado.

Había un caso especial en Roma en que no obstante ser la tradición uno de los modos de transferir el dominio, como lo hemos visto, no bastaba por sí sola para este objeto. Así sucedía en el caso del contrato de compra-venta, en el cual, si el comprador no pagaba efectivamente el precio estipulado, no había traslación de propiedad, aun cuando el vendedor hubiera hecho la tradición. Y era que siendo el precio

en este contrato la causa de la obligación de transferir, no habiendo sido pagado aquél, estaba paralizada, mientras tanto, la obligación del vendedor. Sucedía en Roma muchas veces que aun cuando el precio no hubiere sido efectivamente recibido, el vendedor le había dado un plazo al comprador para que se lo pagara o le había aceptado un fiador: estos actos equivalían al precio efectivamente pagado, a menos que el vendedor hubiera claramente estipulado, en algún pacto anexo al contrato de venta o a la tradición, su voluntad en contrario, que podía resultar de considerar al comprador, por ejemplo, como simple arrendatario de la cosa, mientras no llegara a pagar íntegramente el precio. Exigíase, igualmente, la realización de la entrega de la cosa, que como ya lo apuntamos, podía hacerse simbólicamente, digamos, como pasaba cuando en vez de entregar materialmente la cosa, se la ponía a disposición del *accipiens.* Requeríase, por último, justo título capaz de ser el objeto de un transferimiento de propiedad, como pasaba con la compra-venta, la donación o el legado. Por lo demás, la doctrina fijaba los diferentes modos como podía hacerse la tradición, que según aquélla podía ser: real o verdadera, ficta y simbólica, que eran a las que ya nos hemos referido: *longamanu, brevimanu,* y *pro constituto possessore.* Se entendía por

tradición *longamanu* la que se hacía, *oculis et afectu,* según la expresión de Paulo, en que por estar la cosa a distancia, era con los ojos y con la intención como se hacía la tradición. Dijimos que, a veces, una sola tradición envolvía dos o más tradiciones, que por ser inútiles y por lógica y por ahorro de tiempo, se hacían en una sola. Ahora bien, cuando una persona retenía ya la cosa, como pasaba con un arrendatario o un usufructuario, podía muy bien suceder que pasara a poseerla a otro título cualquiera, digamos por una venta, o por una donación, y en estos casos se decía que la tradición se hacía *brevimanu.* Verificábase la tradición *pro constituto possessore,* cuando al ser vendida una finca, por ejemplo, se pactaba que el vendedor continuaría habitándola como inquilino, o cuando había también, un pacto de usufructo o un pacto de precario. El Derecho clásico no conoció esta nomenclatura, que fué obra de los glosadores.

Había también otra clase de tradición llamada *incertae personae* en que el *tradens* no se desprendía de su dominio en favor de una determinada persona, como era el caso general, sino en favor del primero que quisiera o pudiera apoderarse de la cosa: tal era el caso de quien arrojaba monedas a la turba, o de aquel que abandonaba deliberadamente una cosa suya para que cualquiera se apoderase de ella. No era el

caso del que la había perdido por un acto independiente de la voluntad o por un caso de fuerza mayor. No dudaban los jurisconsultos romanos de que la tradición *incertae personae* transfería el dominio como las demás; pero Sabinianos y Proculeyanos tomaron base de ella para darle rienda suelta a la escisión de sus doctrinas, y disputaron acerca del punto secundario del momento en que se adquiría la propiedad. Los Proculeyanos decían, que el propietario de la cosa que se hacía derelicta, mantenía la propiedad hasta el momento en que se apropiaba de ella un tercero con ánimo de hacerla suya. Accarias tiene profunda razón en considerar que esta teoría era más severamente lógica que la contraria que sostenían los Sabinianos, y con éstos la legislación de Justiniano, sin que ello quiera decir que era más verídica en sí misma y más simple que la otra. Ahora bien, el dominio quedaba transferido tal como lo tenía el tradente, de manera que los gravámenes o servidumbres que pesaban sobre la cosa o los derechos que la beneficiaban, pasaban limitada o ampliamente al *accipiens,* quien venía a ser sucesor del *tradens* que a su vez venía a ser causante del *accipiens.* De aquí que el poseedor de buena fe podía unir, para los efectos de la usucapión o prescripción de la cosa, su propia pose-

ción a la de su causante. [16] Pasaba, a veces, que el *tradens* no tenía la propiedad de la cosa no obstante haberle hecho al *accipiens* la tradición: en este caso, el último no adquiría el dominio, porque el otro no podía haberle trasmitido un derecho que no tenía; pero el *accipiens* era entonces un poseedor de buena fe y con justo título, que gozaba de los beneficios inherentes a tal condición, haciendo suyos, de consiguiente, los frutos de la cosa; [17] y pudiéndola reclamar por medio de la acción Publiciana de cualquiera que lo hubiese desposeído de ella, excepto del propietario, a todo lo cual se agregaba que, por el transcurso de esta posesión legal por cierto tiempo, como lo hemos visto, podía llegar a convertirla en dominio.

Todo lo expuesto concierne a la división de los modos de adquirir el dominio, en modos del derecho civil y modos del derecho de gentes. Se recordará también que dijimos que los romanos los dividían en originarios y derivativos, entendiéndose por los primeros, aquellos en que la adquisición se hacía directamente sobre la cosa, sin que hubiese sido trasmitido el dominio de ella, como pasaba, por ejemplo, con las cosas que se ocupaban; y derivativos, aquellos en que sólo había trasmisión de propiedad de una perso-

(16) Artículo 769, Código Civil citado.
(17) Artículo 779, ya citado.

na a otra: la tradición correspondía a esta última categoría: la ocupación, a la anterior. Cuando ésta se refería a cosas que no pertenecían a nadie, se decía que ella era un modo originario, *simplicitor:* cuando se trataba de la avulsión, se decía que era originario, *secundum quid,* que también se decía relativo.

Dividíanse también los modos de adquirir, en a título singular y a título universal. El primero daba idea de la adquisición de una o más cosas que no constituían una universalidad, como pasaba cuando se compraba una cosecha de trigo, o uno o más fundos. Por el contrario, la adquisición de una herencia, o de una cuota parte de la misma, en que había un conjunto de cosas corporales e incorporales, era un caso de adquisición a título universal. Dividíanse, por último, las adquisiciones de los derechos en actos *inter-vivos* y actos de última voluntad. El primero era una venta, por ejemplo; el segundo, el testamento, y cierta clase especial de donaciones que examinaremos en el lugar correspondiente. (*)

(*) Pueden consultarse los autores citados en el Capítulo anterior.

CAPITULO V

EXTINCION DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Hemos analizado hasta ahora los medios por los cuales se adquiría el dominio en Roma. Vamos a ocuparnos ahora en el estudio de aquellos por los cuales se perdía.

La propiedad de una cosa podía desaparecer de dos maneras: por la destrucción física de esa cosa, o por un acto jurídico. Si una cosa estaba en el comercio, y dejaba de estarlo después, se destruía jurídicamente la propiedad sobre esa cosa: si el animal salvaje recobraba su libertad, se perdía igualmente la propiedad que se tenía sobre él: si los animales domesticados, como pasaba con las abejas, perdían la costumbre de regresar periódicamente a sus colmenas, se perdía la propiedad sobre ellos. Podía suceder también, que la cosa sobre la cual se tenía dominio, fuera confiscada o expropiada, y en estos casos se perdía también el dominio sobre ella: podía también

suceder que una persona enajenase voluntariamente una cosa, y en este caso, dejaba de ser propietario: podía acontecer, también, que la abandonase, y que ya derelicta, esa cosa pudiera apropiársela otro: podía suceder, finalmente, que el dueño de una cosa perdiese el dominio sobre ella, por haberla usucapido o prescrito algún poseedor. Pero mientras la propiedad existía, estaba ampliamente protegida por la ley que le daba al propietario una acción real que establecía una relación directa entre el propietario y la cosa, a tal punto, que donde estaba la cosa estaba el derecho de propiedad. A esta acción la llamaban los romanos reivindicatoria, y de ahí que pudiera intentarse no sólo contra cualquier poseedor de la cosa, sino también contra cualquier detentador o tenedor de la misma. El propietario de la cosa que no estaba en posesión de ella, intentaba su acción, no sólo contra el poseedor que la retenía *animus domini,* sino contra cualquiera que la retuviera sin esta intención de dueño. Es de advertir que una Constitución de Constantino obligaba al detentador de un inmueble a declarar el nombre del poseedor, o sea, el de la persona por quien él tenía la cosa, a fin de que contra este poseedor pudiera intentarse la acción. Pero Justiniano, en casos especiales, llegó a autorizar que la reivindicación podía intentarse aún contra del que no apareciera po-

seyendo, cuando por dolo había dejado de poseer, o cuando había simulado la posesión para tratar de engañar al propietario. Tocábale al propietario comprobar, al intentarla, su derecho de propiedad sobre la cosa, y si la había adquirido de otro, pues el derecho de propiedad que este otro había tenido sobre ella. Comprobado así plenamente el dominio, el poseedor o detentador de la cosa era condenado a restituirla, y la restitución debía hacerla con todos los frutos naturales o civiles que la cosa hubiera producido, y con los daños y perjuicios que, según los casos, hubieran podido ocasionarse. La ley romana hacía una distinción, en este punto, entre el poseedor de buena fe y el que no era, consistente, como lo hemos visto, en que el primero no era condenado a la restitución de los frutos que había consumido, sino únicamente a los que había producido la cosa desde el día en que se había intentado la acción, al paso que el poseedor de mala fe estaba obligado a la restitución de los frutos que había producido la cosa, desde el día en que la había retenido en su poder, con arreglo a lo dispuesto en una Constitución de Valentiniano y Valente. A más todavía podía llegar la responsabilidad de este poseedor de mala fe, porque si se le comprobaba que por negligencia había dejado de producir la cosa todo lo que debía haber producido, existía por este res-

pecto un capítulo de daños y perjuicios contra él. Ahora bien, como el poseedor de buena fe hacía suyos los frutos percibidos y los que podía percibir después de intentada la acción, como hemos dicho, podía suceder que los frutos de la cosa, no separados todavía de los árboles, o en poder del poseedor por no haber sido vendidos, pudiera éste asimilarlos a los frutos percibidos y alegara su derecho a ellos. La ley romana era clara en este punto: la restitución debía hacerse no sólo de la cosa, sino de cuanto le era accesorio, *(cum omni causa)*, y en tal caso aquélla comprendía también dichos frutos: el derecho romano los llamaba *frctus exstantes.* Pero volviendo al poseedor de mala fe, se agravaba la situación si la cosa había perecido total o parcialmente por su culpa, y aun cuando hubiera perecido por caso fortuito, si no probaba que, en este último caso, hubiera perecido también para su dueño; al paso que el poseedor de buena fe respondía solamente de ese perecimiento, si acaecía por su culpa, después de la litis contestación. Por lo que hacía a la prueba sobre el derecho de propiedad que debía hacer el propietario, debemos decir, que sin ocurrir a la prescripción, era teóricamente posible, pero prácticamente imposible, en algunos casos, pues no sólo debía probarse la propiedad actual, sino que había que ir de causante en causante haciendo la prue-

ba, hasta llegar al primero en quien había empezado el dominio. La ley romana era equitativa en la teoría que gobernaba esta acción reivindicatoria, porque partiendo del principio fundamental de que nadie debía enriquecerse con perjuicio de otro, le daba al demandado el derecho de excepcionarse pidiendo que se le pagase aquello que realmente hubiera hecho aumentar de valor la cosa. En el derecho clásico, el poseedor de buena fe era el único que tenía derecho no sólo a que se le resarcieran los gastos necesarios, sino que respecto de los que eran útiles, se le daba el derecho de retener la cosa hasta que le fuesen pagados éstos. Respecto a los gastos voluptuarios no tenía derecho a reclamarlos. En el derecho de Justiniano, el poseedor de buena fe, y también el que no lo era, tenían derecho al resarcimiento de los gastos necesarios que hubieran hecho; pero respecto de los gastos útiles, o sea, por mejoras, el propietario no estaba obligado a pagar sino la diferencia entre el monto de las impensas y el mayor valor que había alcanzado la cosa; [1] pero dándoles a ambos poseedores el derecho de retirar estas mejores, siempre que pudieran hacerlo, sin deterioro de la cosa. Este *jus tollendi,* que así se llamaba, fué consentido, por último, en beneficio de ambos poseedores respecto de las mejoras voluptuarias.

(1) Artículo 781, Código Civil citado.

Había también un caso especial en que se le permitía al poseedor de buena fe excepcionarse triunfalmente contra la acción reivindicatoria, oponiendo la excepción de cosa vendida y entregada y adquirida, *exceptio rei venditae et traditae*, lo que pasaba cuando habiendo sido adquirida de buena fe la cosa de manos de una persona que no era realmente su propietario, resultaba que el reivindicador o dueño real de la misma, había llegado a ser heredero universal o continuador jurídico de la persona del vendedor. Así pasaba en el derecho clásico, donde esta excepción, que había venido hasta entonces amparando pasivamente la buena fe del poseedor *in bonis* contra el dueño quiritario de la cosa, adquirió la fuerza de una verdadera excepción perentoria. Antes de entonces, el poseedor de buena fe no tenía otro medio de defensa que oponer al dueño de la cosa que estaba en el caso que hemos contemplado, una excepción de dolo, o una *exceptio in factum*. Respecto de los fundos provinciales, se le daba al poseedor de buena fe, en el mismo derecho clásico, una *vindicatio ex bono et aequo*. En la época de Justiniano en que, como lo hemos visto, desapareció toda diferencia entre el dominio quiritario y la *in bonis*, la referida excepción de cosa vendida y entregada quedó limitada a este caso especial. Por lo demás, el verdadero dueño podía obtener de

manos de quien fuera, la restitución de la cosa que le pertenecía. La acción reivindicatoria, como protectora que era del dominio quiritario de los primeros tiempos, estuvo sometida, desde luego a la influencia de los diversos sistemas procedimentales por que fué atravesando el derecho romano, cuyo análisis haremos al estudiar las acciones en la última parte de esta obra. Sólo diremos aquí que, en las primeras faces de la evolución jurídica de ese sistema procedimental, el ejercicio de una acción, y, naturalmente, el de la acción reivindicatoria, estaba sujeto a un conjunto de ritualidades y formas solemnes que constituyeron el sistema que se llamó de las Acciones de la Ley, en el cual los litigantes, en el caso de la reivindicación, para referirnos a élla, afirmaban en términos solemnes ser ambos propietarios de la cosa, y simulaban un combate en que se disputaban la cosa, objeto del litigio, y al cual ponía término el Magistrado con su intervención. Luego procedían a constituir cada uno un depósito de dinero que se llamaba *sacramentum,* y que perdía aquél que sucumbía en el juicio. El Pretor después remitía a los litigantes ante un Juez, que era la autoridad ante la cual cada parte tenía el deber de probar que su *sacramentum* era *justum,* es decir, que era propietario, y con arreglo a estas pruebas el Juez declaraba cuál de los dos *sacramenti* era *justum* y por lo tanto a quién

debía atribuirse la propiedad de la cosa, pasando el monto del *sacramentum injustum,* a ser propiedad del Estado. Más tarde este sistema primitivo de los primeros tiempos fué cambiado, como lo veremos, por el sistema llamado Formulario; pero dentro del sistema mismo de las Acciones de la Ley se había pasado del *sacramentum,* a que sólo hemos podido aludir sumariamente aquí, al procedimiento *per sponsionem,* que se aplicaba, naturalmente, a la acción en examen. Observa Girard que en este procedimiento, una de las partes prometíale a la otra pagarle una suma insignificante que no se reclamaría ni aun en el caso de que esta última fuera reconocida propietaria de la cosa, pero al mismo tiempo permitiéndole, para este caso y con la garantía de un fiador, la restitución de la cosa y de sus frutos, lo cual se hacía por medio de un contrato verbal que daba lugar a la acción: *pro praede litis et vindiciarum.* En el caso de las Acciones de la Ley, demandante y demandado debían probar su derecho: en el procedimiento *per sponsionem,* el actor era a quien sólo le tocaba comprobar el suyo. Una serie de condiciones debían reunirse para el ejercicio de esta acción, si se la examina a la luz de este procedimiento a que acabamos de aludir, porque tratándose de la propiedad quiritaria debieron quedar excluídos los fundos provinciales y las cosas *nec mancipi,* al

principio, así como también las cosas incorporales. Exigíase también que el demandante fuera propietario, lo cual excluía del ejercicio de la acción a los extranjeros y a los que sólo habían adquirido la propiedad *in bonis.* Por lo que hacía al demandado, no se requería que fuese propietario, bastando con que fuera poseedor y hasta simple tenedor de la cosa. Por lo demás, ya hemos tenido ocasión de examinar los dos casos en que la acción podía intentarse aun contra los que no fueran poseedores, ni siquiera simples detentadores de la cosa.

Al sistema de las Acciones de la Ley, como ya lo dijimos, siguió el llamado sistema Formulario en que, como veremos, lo que hacía el Pretor era oír las exposiciones que tanto el demandante como el demandado hacían en su presencia respecto de sus respectivas pretensiones, y entregarles una fórmula en que estaba trazada la conducta que debía seguir el Juez para la evacuación de las pruebas, y la sentencia que debía dictar, según que aparecieran o no comprobados los hechos que alegaban los litigantes. En este sistema, el juicio se terminaba siempre por una condenatoria pecuniaria que hacía el Juez al pronunciar su fallo contra alguno de los litigantes; pero el actor hacía insertar en la fórmula el que la condenatoria recayera sólo en el caso de que el demandado no restituyese la

cosa. En la época de Justiniano, en que el procedimiento formulario había desaparecido desde mucho antes, y las acciones se tramitaban con arreglo al procedimiento llamado Extraordinario, como lo veremos, la acción reivindicatoria, a la vez que tendía a hacerle devolver su cosa al propietario, abarcaba también lo relativo a sus frutos que debía o no restituir él poseedor, según que fuera de buena o mala fe, en las condiciones que ya tenemos apuntadas.

Conocían también los romanos una acción que llamaban negatoria, y cuyos efectos se confundían, propiamente, con los que más tarde llegaron a tener las acciones interdictales del derecho honorario, que examinaremos en su lugar. La razón de esta semejanza estaba en que la referida acción negatoria no obligaba al propietario a comprobar la propiedad de la cosa en la forma rigurosa en que estaba obligado a hacerlo en el caso de la acción reivindicatoria, porque en dicha acción no era directa y propiamente la propiedad el objeto del litigio, sino más bien el hecho del tercero contra quien se procedía consistente en oponerse, no propiamente a ese derecho de propiedad de una manera ostensible, sino a que el actor tuviera sin inconvenientes y pacíficamente el goce de ese mismo derecho. De aquí, pues, que el ejercicio de esta acción negatoria, que se empleaba generalmente cuando el propietario pretendía que su cosa no estaba gravada con ninguna servi-

dumbre, no llevara al actor a comprobar la inexistencia del derecho de la contra parte, como si estaba obligado a hacerlo en el caso de la reivindicatoria, sino el hecho de la perturbación, que no sólo tenía interés en hacerla cesar en el presente, sino de prevenirla también en el futuro. Era por esto, precisamente, por lo que el demandado que resultaba condenado en esta acción, debía dar fianza de que no perturbaría más. En el fondo, los efectos de esa acción equivalían, como hemos dicho, a los interdictos, porque todo se limitaba a examinar el punto de la posesión y a mantener al propietario en esa posesión, impidiéndole al perturbador que lo molestase, o restituyéndole al propietario el goce de su cosa haciendo cesar el despojo que había padecido en su posesión. Y aun cuando será en el lugar correspondiente a las acciones donde proceda examinar el fondo y condiciones de estas acciones, es conveniente adelantar algunas explicaciones, al llegar a la materia en examen, relativas a la acción que llamó Publiciana el derecho romano, en recuerdo de haber sido el Pretor Publicio quien la ideó. (2) En efec-

(2) Observa Girard que el año en que se coloca al Pretor Publicio, introductor de esta acción, es desconocido. Las investigaciones hechas en las listas de los Magistrados que ejercían la Pretura urbana han sido infructuosas, agrega el eminente autor citado. Desde el punto de vista del fondo—sigue diciendo—todo lo que se puede decir ciertamente, es que la acción no ha podido ser inventada sino según la fórmula petitoria de la reivindicación, de la que es una variante, y cuyos vestigios de existencia remontan, a lo más, a la época de Sabino.

to, sucedía a veces que un simple poseedor legítimo de una cosa, que estaba en camino de llegar a ser propietario de la misma por usucapión o por prescripción, no podía intentar la acción reivindicatoria que correspondía al verdadero propietario por no haberse todavía consumado el lapso legal para usucapir o prescribir. Parecía injusto que le pudiera ser arrebatada esa cosa, no ya por el dueño real de ella, sino por otro poseedor cuyo título a esa misma cosa fuera inferior al que tenía el poseedor ya próximo a ganarla por prescripción, y de aquí la justicia de la acción Publiciana. Por una ficción jurídica, se presumía que el poseedor era ya propietario por prescripción o usucapión adquisitiva, y de aquí que se le permitiera intentar una acción posesoria equivalente, en el fondo, a la negatoria que tenía el propietario para recuperar la posesión de esa cosa. Entonces el Juez examinaba cuál de las dos posesiones merecía, jurídicamente, más valor: si la del demandante o la del demandado. Había casos en que era, indiscutiblemente, mejor la posesión del que estaba en vía de usucapir la cosa, que la del poseedor o detentador demandado, que sólo podía invocar el hecho material de la detención: en este caso evidentemente triunfaba el demandante; pero había otros casos en que la decisión era dudosa, y entonces aplicaba el Juez los siguientes principios: si deman-

dante y demandado poseían legítimamente la cosa por haberla adquirido de un mismo causante, el primero en la posesión era el primero en el derecho; pero si la cosa emanaba de distintos causantes, se consideraba entonces que era mejor la condición del que poseía la cosa. (3)

---

(3) Artículo 763, Código Civil citado.

CAPITULO VI

LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD, SERVIDUMBRES

Noción de las servidumbres.—Sus caracteres y condiciones.—Servidumbres reales y personales

Después de haber analizado los elementos que constituían la propiedad en el derecho romano, debemos pasar a ocuparnos en el estudio de las limitaciones que podía tener aquélla, las cuales, en el fondo, no eran sino desmembraciones de la propiedad misma. Así pasaba con la servidumbre, que no era sino un derecho real establecido sobre el fundo de otro, y constituído en ventaja exclusiva, ya de otro fundo, ya de una persona, en virtud del cual el propietario estaba obligado a sufrir el ejercicio del derecho de servidumbre o a no hacer. [1]

La expresión de ser la servidumbre un derecho real sobre el fundo de otro, nos está indicando que

---

(1) Artículos 625 y siguientes, Código Civil citado: artículos 563 y siguientes, mismo Código.

aquélla tenía por objeto inmediato la cosa, y por consiguiente, por ningún caso el hecho ajeno o el hecho de otro. La misma expresión: derecho en el fundo ajeno o en el fundo de otro, está indicando que no podía haber servidumbre constituída sobre cosa propia: *res sua nemini servit,* decían los romanos, y era que lógicamente no podía concebirse que el propietario de un fundo se reservara un derecho de paso, digamos, sobre su propia heredad, sin que ello no fuera otra cosa que el ejercicio de su mismo derecho de propiedad. En realidad, pues, la servidumbre obedecía a la necesidad de facilitar la explotación de un fundo o a la de aumentar su valor, o bien, la de procurar alguna ventaja o un beneficio a una determinada persona, sin que en ninguno de estos casos hubiera, propiamente, un traslado de propiedad de unas manos a otras, sino solamente el derecho de utilizar la cosa de otro.

La otra expresión de que la servidumbre debía constituirse en ventaja exclusiva de otro fundo o de una persona, justifica el que las servidumbres hubieran sido divididas, en el derecho romano, en servidumbres prediales y en personales; que sobre una servidumbre no podía constituirse ninguna otra, y por último, que las servidumbres tenían un carácter inalienable. El derecho de los primeros tiempos no conoció sino la servidumbre predial, y a ellas se aplicaba

el vocablo servidumbre, que daba la idea de un sujetamiento de la propiedad de otro, análogo en su fondo al derecho que se podía tener sobre un esclavo, en que éste, a su vez, estaba sujeto o ligado a su dueño para beneficio y utilidad de este último. En la servidumbre predial, el fundo sobre el cual pesaba la servidumbre estaba sometido, en cuanto al ejercicio de la misma, al fundo en cuyo favor había sido creado o establecido el derecho real de servidumbre. Pero más tarde la noción jurídica de la servidumbre evolucionó, y por analogía aparecieron las servidumbres personales, manteniéndose, sin embargo, entre las unas y las otras, el rasgo distintivo, en cuanto a su duración, de ser perpetuas las primeras, y sólo temporales las segundas. Pero ambas tenían un carácter común y esencial, que era el de constituir derechos reales que estaban vinculados a la propiedad ajena y que estaban en ésta, de una manera inseparable, muy distinta y muy diferentemente de la manera como podía estar una cosa ajena al servicio o utilidad de otro, como pasaba, por ejemplo, con el arrendatario o comodatario. En el caso del arrendatario, a que acabamos de referirnos, había una obligación que pesaba sobre el arrendador de poner al arrendatario en condiciones de que pudiera gozar o utilizar esa cosa, y mantener a aquél en el goce de ese derecho; pero en

el caso de la servidumbre, la situación legal era diferente, porque entre el fundo que debía la servidumbre y el que se beneficiaba de ella, o entre la persona que disfrutaba de un derecho de usufructo, digamos, y la cosa objeto de este derecho, existía una relación directa que colocaba el derecho sobre la cosa misma, independientemente de la persona que fuera dueña de ella. En el caso del arrendatario, había sólo una obligación personal que pesaba sobre el arrendador, y que era la de mantener al arrendatario en el goce de esa cosa, pero careciendo el último de un derecho sobre la misma. De aquí que el ejercicio del derecho de servidumbre hubiera estado sancionado en Roma por una acción real que se daba contra cualquiera que tuviese la cosa, por ser ésta la que llevaba, digamos, el sello del derecho que se ejercía, al paso que la acción que nacía del contrato de arrendamiento, a que nos hemos referido, no alcanzaba sino al deudor y a sus causahabientes a título universal que eran, jurídicamente, sus continuadores. Por esto dijimos, al principio, que en ningún caso la servidumbre podía tener por objeto el hecho ajeno o el derecho de otro, que envolvían la idea de una prestación personal. Los romanos se valían de una expresión representativa y decían: *servitus in faciendo consistere non potest.* Y era porque la situación en que el ejercicio de la propiedad colocaba

al dueño del predio que la debía, era puramente pasiva y no activa como pasaba en el caso del arrendador, en quien, como antes dijimos, había la obligación de procurar y mantener el ejercicio del derecho del arrendatario. De aquí también que el derecho romano se hubiera valido de otra expresión, igualmente representativa, para expresar la situación pasiva, a que hemos aludido, y que hubiera formulado este principio: *servitus in patiendo consistit.* Una sola excepción había a esta regla en el derecho romano, como lo veremos al examinar la servidumbre que se denominaba *oneris ferendi.* Respecto de los predios mismos que tenían, o bien el derecho a ejercer la servidumbre, o bien la carga de soportar este ejercicio, se los denominaba: predio dominante, el primero, y predio sirviente el segundo. Desde luego que desde el momento en que sobre un fundo pesaba el gravamen de una servidumbre, el fundo que la soportaba se disminuía en un sentido jurídico, y de allí que se dijese que la servidumbre era una limitación de la propiedad. (2)

Es también de notarse que en los primeros tiempos, como lo observa Huvelin, (3) los derechos de servidumbre tuvieron una fisonomía distinta de la que

(2) Todas estas expresiones han pasado al derecho venezolano.

(3) Huvelin: "Cours Elémentaire de Droit Romain". Tomo I.

les dió más tarde el derecho clásico, porque entonces el derecho de servidumbre se confundía con el objeto mismo que lo constituía. El que tenía el derecho de paso sobre el fundo de otro decía simplemente: tengo un camino, de la misma manera que decía que era suya el agua, aquél que tenía el derecho de tomarla en el fundo ajeno. Esta noción materialista de la servidumbre, en que se hacía de ella una cosa corporal, condujo a los romanos a admitir la regla de que se las podía mancipar y usucapir también, así como dárselas en prenda. Pero esta concepción primitiva de los primeros tiempos cambió cuando el derecho evolucionó, y a la noción simplista, que queda analizada, siguió la que distinguía el derecho de servidumbre de lo que podía ser únicamente el objeto del mismo.

Las servidumbres prediales se subdividían en rústicas y urbanas; pero debe notarse, por ser esencial en la teoría romana que nos ocupa, que las expresiones rústica y urbana, no querían decir que las primeras eran las que se constituían sobre los predios que no estaban ubicados en las ciudades, y las segundas sobre los inmuebles que estaban situados en éstas: por la expresión servidumbre urbana entendían los romanos la que no podía existir sin un edificio, *(superfaciae)*, ya estuvieran éstos en la ciudad o en los campos; al paso que servidumbre rústica era aquella en

que no había ninguna construcción, ya fuera en la ciudad, ya fuera en el campo. Este criterio simplista que determinaba la naturaleza de una servidumbre, no dejaba de tener, a veces, sus dificultades, porque si bien es verdad que cuando se trataba de dos inmuebles de la misma naturaleza no podía haber conflicto, no pasaba lo mismo cuando en el uno había construcciones y en el otro no las había. En estos casos el criterio del derecho romano fué atribuir mayor importancia al predio dominante, y si en éste no había construcciones, la servidumbre era rústica, al paso que era urbana cuando en aquel fundo las había. De aquí resultaba que una misma servidumbre podía ser rústica o urbana según la condición del predio dominante. Desde el punto de vista jurídico tenía su razón de ser la división de las servidumbres en rústicas y urbanas, porque no sólo correspondían a dos órdenes de cosas: *mancipi* las primeras y *nec mancipi* las segundas, sino porque con arreglo a esta nomenclatura no solamente había maneras diversas de establecerlas, sino que se extinguían, también, por maneras diferentes, según fuesen las unas o las otras.

Las servidumbres prediales, ya fueran rústicas o urbanas, debían llenar determinadas condiciones en el derecho romano. La primera era, desde luego, que debían ser establecidas, no para beneficio del propie-

tario del fundo de otro, sino para la utilidad de este fundo mismo, [4] y que pudiera apreciárselas en dinero. Cuando esto no podía hacerse, no había, propiamente, servidumbre. En segundo lugar, la extensión de la servidumbre estaba regulada por las necesidades del fundo dominante y limitada a estas necesidades. [5] En tercer lugar, se requería que los dos predios, el dominante y el sirviente, fueran contiguos. Más tarde el rigor de estas reglas fué atemperado, y bastaba con que hubieran sido vecinos. La última condición era la de que la servidumbre no podía constituirse temporalmente, ni estar sujeta a una condición cuyo advenimiento resolviera el lazo jurídico que ella creaba, por lo que se decía que la servidumbre era perpetua. A este carácter de perpetuidad debe agregarse lo que los romanos llamaban o entendían por *causa perpetua* en la clase de servidumbre que nos ocupa, y que correspondía a la idea de que, no sólo cuando se las constituía, sino en lo por venir también, fuera de tal manera fijo el estado de las cosas, que sin la intervención de la mano del hombre pudiera

---

(4) Artículo 625, Código Civil, anteriormente citado.

(5) El artículo 695, del Código citado, único aparte, establece: "El ejercicio y extensión de las servidumbres se reglamentan por los respectivos títulos, y, a falta de éstos, por las disposiciones de los artículos siguientes".

El artículo 724 del mismo Código dice: "En caso de duda sobre la extensión de la servidumbre, su ejercicio debe limitarse a lo nenecesario para el destino y conveniente uso del predio dominante, con el menor perjuicio para el precio sirviente".

aprovecharse el predio dominante del derecho que le aseguraba la servidumbre sobre el predio sirviente. Tal era el principio que regía, principalmente, en la servidumbre de tomar agua en el fundo de otro, *(aquaeductus, aquae haustus)*, y la misma servidumbre en que lo que se adquiría era el derecho de navegar en las aguas de un río que cruzaba el fundo sirviente, en cuyos casos el derecho romano exigía la condición apuntada: *aqua viva, perennis, perpetua* o *quae perpetuam causam habet.* El rigor de este principio llevó a los jurisconsultos de los primeros tiempos a no reconocer las servidumbres sobre las aguas muertas de un estanque o de una cisterna, que se consideraban como encerradas en el vaso que las contenía, y que requerían la obra del hombre para su ejercicio, pues si no se tenía el cuidado de alimentar el estanque, podía quedar extinguido el uso de la servidumbre. A más todavía se llegó en la aplicación del principio en examen, pues la servidumbre de *aquaeductus,* antes nombrada, no podía constituirse sino en la fuente, *(ex capite, vel ex fonte)*, y no en un lugar cualquiera del curso de esas aguas, debido a que, como lo observa el mismo Huvelin, la fuente se consideraba inagotable en principio, al paso que el curso de esas mismas aguas podía desaparecer bajo la tierra, o desviarse. Pero las necesidades de la agricultura hicieron desaparecer

el rigor de esta regla, y un Rescripto de Antonino el Piadoso invitó al Pretor a proteger el referido derecho de servidumbre, aun cuando interviniera la mano del hombre para su ejercicio, que fué el principio que adoptó más tarde Justiniano al permitir que pudiera constituírsele, no sólo en la fuente, sino en cualquier punto del curso de esas aguas. [6]

Por último, a las condiciones apuntadas, agregaba el derecho romano la de la indivisibilidad. La razón de esta regla estaba, como observa Bonfante, [7] en que consistiendo la servidumbre en la mera facultad de un uso, éste, por su naturaleza, no podía ser susceptible de dividirse. De aquí resultaba que la servidumbre no podía constituirse ni extinguirse *pro parte,* como pasaba en los casos en que la cosa pertenecía a varios en que ninguno de los copropietarios podía por sí sólo constituír o extinguir un derecho de servidumbre sobre la porción de esa cosa que le pertenecía. De aquí también lógicamente resultaba, que cuando la cosa común se partía, la servidumbre, activa y pasivamente, existía sobre cada una de las porciones pertenecientes a los distintos copropietarios. De lo que antecede se deduce, pues, que la servidumbre en el derecho romano puede definirse, según la exacta

(6) Artículos 637 y siguientes, Código Civil citado.

(7) Bonfante, Istituzioni de Diritto Romano.

apreciación de Gómez de la Serna, [8] así: un derecho establecido sobre una heredad ajena en beneficio de una persona o de otra heredad, en virtud del cual el propietario estaba obligado a sufrir o a no hacer alguna cosa en la suya. Desde luego que si para que pudiera existir un derecho de servidumbre se requería en Roma que hubiese una heredad sobre la cual pesara la servidumbre, debe deducirse que ni sobre las cosas muebles ni sobre las incorporales podía existir aquélla. Y si la servidumbre, como queda establecido, no podía consistir sino en no hacer o en sufrir, se debe también deducir que cuando la obligación consistía en hacer, se estaba entonces en presencia de un contrato, pero no de una servidumbre.

Hechas las observaciones que anteceden pasemos a analizar las principales servidumbres prediales que estableció el derecho romano.

SERVIDUMBRES DE PASO, DE ACUEDUCTO, Y OTRAS

Los romanos hacían una distinción al analizar esta servidumbre, puesto que empleaban tres vocablos distintos para significar la extensión que podía tener y que eran: *iter, actus* y *vía.* La primera de estas expresiones designaba el derecho de ir a pie, a caballo o en litera, a través del predio

(8) Gómez de la Serna, obra citada, Tomo I.

sirviente. Esta servidumbre no le daba al dueño del predio dominante el derecho de llevar bestias cargadas ni carruajes, y establecida sólo en beneficio del predio dominante, para las necesidades de la agricultura, permitía que por el camino consentido sobre el predio sirviente traficaran el dueño y las demás personas empleadas en el cultivo del predio dominante. Creada para satisfacer una necesidad de orden general, es claro que no podía consentirse para solaz del dueño del predio dominante, dándole el derecho de que por un simple motivo personal pudiera pasearse, por ejemplo, en el predio sirviente. Ahora bien, de las circunstancias de hecho que rodearon esta servidumbre podía resultar, muchas veces, que su uso no tuviera toda la latitud a que nos hemos referido, sino un alcance todavía más limitado, como sucedía en el caso de que era tan angosto el camino que se abría sobre el predio sirviente, que sólo permitía que por él se transitase a pie. En este caso se decía que el dueño del predio dominante no podía pasar ni a caballo ni en litera. La segunda expresión, *actus*, comprendía el derecho de llevar bestias o carruajes, y así como la primera comprendía a *ab eundo*, *actus* correspondía a *ab egendo*. La expresión *vía* comprendía, a la vez, tanto el *iter* como el *actus*, pudiendo, en consecuencia, usarse el camino abierto sobre el predio sir-

viente para el paso, no sólo de las personas, sino para el trasporte de piedras y materiales pertenecientes al predio dominante o necesarios para su beneficio y utilidad. Podían las partes libremente estipular la anchura que debía tener la vía; pero cuando las partes no lo hacían, la ley se encargaba de fijarla en ocho pies en la línea recta y en el doble en las curvas. Generalmente las partes convenían por dónde debía darse el paso, para evitar el perjuicio a las plantaciones del predio sirviente; pero establecida en interés del predio dominante, era lógico que fuera el dueño de éste quien tuviera la facultad de darle al camino la dirección que mejor le conviniese a su fundo, y hasta la de cambiarlo a su árbitrio. Mas si no se había tenido la precaución de definir claramente este derecho al constituir la servidumbre, el dueño del predio dominante debía respetar la situación creada. En todo caso, cuando se suscitaban disputas acerca de ésta y otras cuestiones que podían surgir con motivo de la servidumbre en examen, le tocaba al Juez dirimirlas, aplicando los usos locales y tomando en cuenta los intereses de ambos litigantes. [9]

---

(9) Artículos 644 y siguientes del Código Civil citado. Derecho de paso, llama la ley a esta servidumbre, que debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente, y en cuanto sea conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia a la vía pública. Pero el propietario que ha obtenido la servidumbre no puede cambiar en nada la situación que tiene; pero el que la debe si puede variar el tránsito, con tal de que aquél halle en esto la

De la misma naturaleza que la servidumbre que queda analizada era la que denominaba *aquaeductus,* el derecho romano. Esta servidumbre de acueducto, *ab aqua ducenda,* que decían los romanos, era el derecho de hacer pasar sobre el predio sirviente, por conductos ocultos o descubiertos, las aguas que necesitaba el predio dominante para su cultivo y beneficio. [10] Podía suceder que esta servidumbre se ejerciera durante todo el año, en cuyo caso se valía el derecho romano de la expresión *aqua quotidianam;* o que sólo fuera durante la época del estío, *aquae aestiva,* según se decía entonces, o bien que estuviera limitada a ciertos días, o a un número determinado de horas.

Pueden agregarse a las servidumbres que preceden, entre otras, la de *aquae haustum,* la de *pecoris ad aquam appulsum,* la de *jus pacendi,* y la de *calcis coquendae* y *arenae fodiendae.* La servidumbre de *aquae haustum,* que también se llamaba *aquae hauriendae,* consistía en el derecho de tomar agua de la fuente

misma facilidad. Bajo la antes referida denominación de derecho o servidumbre de paso, la ley venezolana comprende todos los casos que designaba el derecho romano bajo tres nombres distintos, como queda expuesto. El título fija, en cada caso, la extensión de la servidumbre; pero el dueño del predio dominante, que sólo tiene la entrada o paso por el predio sirviente, tiene derecho a ensanchar el camino que existe para el ejercicio de aquella servidumbre, si para este mismo fin, necesitare conducir vehículos. En compensación, deberá pagar al dueño del predio sirviente una indemnización equivalente al perjuicio que éste sufra, que es también la regla que se aplica aún cuando la servidumbre de paso no comprenda el paso de vehículos. Artículos 646, 647 y 648, Código citado.

(10) Artículo 652 y siguientes, mismo Código.

que estaba en el predio sirviente, a cuyo efecto estaba implícita la de paso, a efecto de llegar el propietario del predio dominante y sus empleados, hasta la fuente. [11] La de *pecoris ad aquam*, como lo está indicando la expresión, consistía en el derecho de llevar a abrevar los ganados del fundo dominante al fundo sirviente, servidumbre que envolvía también desde luego, la de paso que se requería para aquel efecto. La servidumbre de *jus pascendi* era lo que llamamos pastaje en nuestros días, pero no a título de un arrendamiento ajustado propiamente entre el dueño de los ganados y el predio donde estos podían pastar, sino a título de servidumbre. Generalmente, al establecer la servidumbre, quedaban claramente establecidos la clase y el número del ganado que podía ir a pastar, así como la época del año en que el predio sirviente estaba obligado a soportar el ejercicio de la servidumbre. Pero cuando no había una convención clara a estos efectos, entonces tocaba al Juez aplicar los principios de la equidad al ejercicio de la servidumbre, conciliando los intereses del fundo dominante con los del predio sirviente. Desde luego que en este caso quedaban excluídos los animales que podían ha-

---

(11) El Código Civil citado denomina derecho o servidumbre de acueducto, a todo paso de aguas a través del predio sirviente y que pertenezcan al predio dominante, ya se extraigan las aguas de un río, o de una fuente que le pertenezca al predio dominante y que esté situada en otro predio.

cerle daño al predio sirviente, y el número mismo de los que sí debían ser admitidos al pastaje quedaba limitado a los que pudieran convenir a las necesidades del predio dominante. También en este caso examinaba el Juez la época en que podía ejercerse la servidumbre, tomando, en consideración, a este efecto, las necesidades del predio sirviente, en cuanto al momento en que los pastos estaban debidamente crecidos para su aprovechamiento, sin menoscabo para el predio sirviente. Las dos últimas servidumbres le daban al dueño del predio dominante el derecho de cocer cal o de extraer arena en el predio sirviente, a cuyo efecto lo único que se requería era que el dueño de éste no se obligara a prestar ningún servicio activo para ejercer estas servidumbres, a fin de que éstas no vinieran a ser más bien un acto contractual, en vez de una limitación de la propiedad. (12)

(12) El Código Civil citado no menciona, especialmente, estas servidumbres; pero pueden establecerse con arreglo al principio general estatuído en el artículo 695 y que dice así: Todo propietario puede establecer sobre sus predios, o en beneficio de ellos, cualquiera servidumbre, siempre que se imponga solamente a un predio y en beneficio de otro, y que no sea en manera alguna contraria al orden público.

Además, cuando se es dueño de una cantera, o de arenas, o de arcillas o de otras sustancias mineras, que aun cuando situadas en un predio no le pertenezcan al dueño de este predio, el propietario de la mina tiene derecho a establecer sobre el predio donde se encuentra la mina todas las servidumbres que sean necesarias para la explotación de la misma, todo con arreglo a lo ordenado por la Ley especial de Minas.

SERVIDUMBRES URBANAS

Las servidumbres que preceden eran de las denominadas rústicas en el derecho romano. Pasando ahora a las urbanas debemos señalar la *oneris ferendi*, que era el derecho que tenía el dueño del predio dominante de que una parte de su edificio descansara sobre el edificio, pared o columna, del predio vecino. Como ya lo hicimos notar, se distinguía esta servidumbre de las demás de su género, en que el dueño del predio sirviente, que en las demás servidumbres sólo estaba obligado a soportar pasivamente el ejercicio de la servidumbre, estaba en ésta obligado a conservar la pared o columna en que el vecino apoyaba su construcción, con arreglo a lo que hubiera sido estipulado al efecto con el dueño del predio dominante, cuando se establecía la servidumbre; y si no había habido convenio, a conservar la pared o columna en el estado que tenían cuando nacía la servidumbre. No era unánime la opinión de los jurisconsultos clásicos respecto de esta servidumbre peculiarísima, que se separaba abiertamente de las demás en cuanto a lo que era fundamental en todas ellas; pero se la justificaba desde el punto de vista de la utilidad pública, que se creía amenazada por la ruina que podía sobrevenirle al predio dominante de no haberle impuesto al dueño del predio sirviente el cuidado de ins-

peccionar una obra que estaba en su propiedad, y hasta repararla a su costa para preservar de su ruina al predio dominante. En realidad, este fin podía haberse alcanzado imponiéndole solamente al dueño del predio sirviente la obligación de advertir al dueño del predio dominante la necesidad de hacer la obra de reparación que se requiriera, o concediéndole al primero el derecho de examinar de tiempo en tiempo las obras sobre las cuales se apoyaba su edificio, penetrando, en consecuencia, con este fin, al predio sirviente. De aquí que Gayo hubiera sido opuesto a la referida servidumbre.

Había también otra servidumbre urbana que denominaba *tignum immittere* o *tigni immittendi* el derecho romano. Esta servidumbre le daba al dueño del predio dominante el derecho de colocar vigas u otros materiales en la pared del vecino, para hacer descansar sobre ellos sus construcciones, pero sin que el dueño del predio sirviente estuviera obligado a la conservación de la pared, ni a las reparaciones que ésta necesitara, en lo cual se diferenciaba de la *oneris ferendi.* [13]

---

(13) Por el artículo 679 del Código citado, todo propietario contiguo a una pared, la puede hacer medianera y puede apoyar en ella sus construcciones o introducir vigas, a cuyo efecto se le impone la obligación de adquirir la medianería, indemnizando al propietario de la pared de la mitad de su costo y de la mitad del valor del terreno en que está levantada. Se exceptúa el caso en que se trata de edificios destinados a uso público.

Había también otra servidumbre que los textos denominan *stillicidium vel flumen*, por la cual el predio dominante tenía el derecho de que las aguas pluviales, sin la obra del hombre, cayendo gota a gota o recogidas en canales, fueran a caer sobre la casa o sobre el techo del vecino. [14] Sucedía, a veces, que el dueño del edificio que estaba obligado, en principio, a recibir dichas aguas, estipulaba con su vecino el que este derecho no se ejerciera, creándose entonces una servidumbre análoga a la de no edificar más alto, que luego examinaremos, y que se denominaba *stillicidi vel fluminis non recipiendi.* Sobre la naturaleza y objeto de esta servidumbre no hay perfecto acuerdo entre los expositores. Existía también la *servitus stillicidi vel fluminis non avertendi* que consistía en el derecho de recibir las aguas que emanaban de un edificio vecino para alimentar una cisterna o para cualquier otro objeto. [15]

Al lado de las servidumbres, que analizadas quedan, existían también en Roma otras dos más, entre

(14) Artículo 630 del Código citado. Cuando las aguas caen naturalmente y sin la obra del hombre de los predios superiores a los inferiores, la servidumbre la establece la Ley, y los dueños de los predios inferiores no pueden hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la hagan más gravosa. Cuando las aguas son recogidas en canales, no pueden caer sobre el techo del vecino ni en el predio sirviente, sin que la servidumbre no sea de las que se establecen por el hecho del hombre.

(15) Esta servidumbre del derecho romano recuerda la que se denomina derecho de derrames, regida por el artículo 714 del Código citado, que dice: Las aguas que corren de predio ajeno pueden constituir una servidumbre activa en favor del predio que las recibe, al efecto de impedir su extravío. Véanse también artículos 731 y siguientes, mismo Código.

varias: la *altius non tollendi* y la *ne luminibus officiatur.* Por la primera, se obligaba el dueño del predio sirviente a no darle mayor elevación a su construcción que la que había convenido con su vecino a los fines de no privar al predio de éste de las vistas o de las luces de que disponía. Era una verdadera servidumbre, porque teniendo el propietario del edificio que soportaba la servidumbre el derecho de elevar sus construcciones hasta donde quisiera, este derecho estaba limitado a no darle una mayor altura de la que había convenido con el dueño del edificio que adquiría en su favor la servidumbre. Al lado de esta servidumbre existía también la *altius tollendi,* acerca de la cual tampoco están de acuerdo los autores, y que consistía en elevar el propio edificio a mayor altura de la que podían fijar los reglamentos locales, aun cuando le arrebatara la luz al vecino, pero siempre que esos reglamentos no estuvieran apoyados en un principio de orden público. Respecto de la *ne luminibus officiatur,* tenía por objeto alcanzar la misma finalidad de la *altius non tollendi,* logrando por ella el predio dominante, de cualquier modo que fuera, no verse privado de la luz necesaria, o disminuida la que tenía. Por el contrario, cuando el dueño de un edificio encontraba que éste carecía de la luz que necesitaba, tenía el derecho de procurársela abriendo ventanas en su propia pared, para que la luz le viniera del predio vecino. Algunos autores sostienen que este derecho podía ejercer-

lo sobre la pared medianera, y también sobre la del vecino, abriendo en ellas claraboyas. [16] *Luminimum* era la denominación que tenía esta servidumbre, porque *lumen*, según la expresión de Paulo, quería decir que se viera el cielo. Sucedía otras veces que el dueño del predio dominante tenía interés en que su casa gozase del beneficio de una vista de que disfrutaba, y de la que podía quedar privada si se le ocurría a su vecino hacer alguna construcción o alguna obra que le interceptara la vista. En este caso podía ser creada la servidumbre *prospectus*, y la *ne prospectus officiatur*, que era una misma, y que tenía mayor alcance que las de luces, que quedan analizadas, porque podían referirse a vecinos que estuvieran distantes. [17] Existía también, en el derecho romano, la servidumbre llamada *proficiendi*, que permitía tener un balcón u otro voladizo sobre la propiedad del vecino, pero sin apoyarse en ella. [18]

---

(16) Por el artículo 691 del Código Civil citado, el dueño de una pared no medianera, puede abrir en ella ventanas o troneras para recibir luces del predio vecino. La ley fija en este caso la altura de dos y medio metros, por lo menos, del suelo o pavimento que se quiere iluminar. Pero prohibe el ejercicio de esta servidumbre cuando ese derecho se pretende ejercer, sin el consentimiento del otro dueño, en una pared medianera. Con todo, si el dueño del predio sirviente se hace medianero en la pared donde están abiertas las luces, las puede cerrar, al edificar sobre esa pared. Puede, además, levantar en su propio suelo una pared que cierre las luces del vecino.

(17) Véase Gómez de la Serna. Obra y tomo citados.

(18) Esta servidumbre está prohibida por el artículo 692 del citado Código, si no hay un metro y medio de distancia entre la pared en que se construyan aquéllos y la heredad del vecino, prohibición que cesa cuando hay de por medio una vía pública. El principio en que se basa dicho artículo, es que no se pueden tener vistas rectas sobre el predio vecino, ni tampoco las oblícuas y laterales si no hay, respecto de éstas, cincuenta centímetros de distancia.

CAPITULO VII

SERVIDUMBRES (Continuación)

Usufructo. Uso. Habitación. Obras de los siervos

Se recordará que apuntamos en el capítulo anterior, que la división fundamental de las servidumbres era: servidumbres prediales y servidumbres personales, y que las primeras consistían en una limitación de la propiedad del predio sirviente en favor del predio dominante, al paso que en las segundas aquellas limitaciones eran en favor de una persona, que era la que desempeñaba el papel principal. Dijimos, igualmente, que las servidumbres prediales no podían tener por objeto un mueble sino un inmueble; y por último, que tenían una causa perpetua que las hacía durar mientras existieran el predio dominante y el sirviente. En las servidumbres personales, por el contrario, que son las que ahora pasamos a examinar, como lo principal era la persona en cuyo favor estaba limitada la propiedad de otro, la causa no era perpe-

tua, sino temporal y limitada, en principio, a la vida de la persona. Constituían una relación jurídica y temporal en favor de una persona determinada, por cuya razón no sólo estaban, cuando más, limitadas a la vida de esa persona, sino que no pasaban a sus herederos. No quiere esto decir que fuera esencial en la servidumbre personal este carácter vitalicio a que acabamos de aludir: hemos dicho que, en principio, lo tenían, pero no siempre, porque a veces el *de cujus,* que establecía un usufructo en favor de una persona, ordenaba en su testamento que al morir el legatario pasara el usufructo a los herederos de éste. Por otra parte eran inalienables las servidumbres personales en el derecho romano, por lo mismo que lo que las distinguía era ese carácter o relación jurídica tan firme y acentuado entre la persona que gozaba del beneficio y la cosa que lo procuraba. Pero no quiere esto decir que la persona que disfrutaba de una servidumbre personal no podía transferir a otra el beneficio que le daba su derecho: se le permitía, desde luego, un traspaso, pero el cesionario lo que propiamente hacía era ocupar temporalmente el lugar que tenía el cedente, hasta que se extinguía el derecho cuando terminaba para éste. Tenían, además, otro rasgo estas servidumbres, el cuál, aun cuando no constituía una peculiaridad, si las marcaba en cierto modo, y era que al

paso que las servdumbres prediales generalmente no se constituían sino por un acto entre vivos, las personales, por lo general también, no aparecían sino de un acto de última voluntad, como un testamento. Excepcionalmente, pudiera decirse, que las fuentes de estas servidumbres aparecían de la ley en el derecho romano, como sucedía con el usufructo legal respecto de los bienes adventicios que poseía el hijo de familia. Las servidumbres personales que exstían en el derecho romano eran: el usufructo, *(usufructus)*, el uso, *(usus)*, la habitación, *(habitatio)*, y el trabajo o servicio de los esclavos, *(opera servorum)*.

USUFRUCTO

Definían los romanos el usufructo diciendo que era el derecho de usar y de gozar de la cosa de otra con tal de conservar su sustancia: *usufructus est jus alieni rebus fruendi utendi salva rerum substantia.* [1] Esta definición del jurisconsulto Paulo ha sido censurada por algunos expositores, por no expresar el carácter personal que tenía el usufructo en el derecho romano, a tal punto que se extinguía por la muerte o por la *capitis deminutio* del usufructuario, a lo que se agregaba, por ese mismo carácter, el no poder ser enajenado en favor de un tercero, bajo pena

(1) Artículo 564, Código Civil citado.

de nulidad. [2] La primera expresión: usar de la cosa, daba claramente la idea de que el usufructuario, que así se llamaba el titular del derecho, podía servirse de la cosa dada en usufructo. La segunda expresión, o sea, el derecho de disfrutar de la cosa, consistía en hacer suyos los frutos o productos de esa cosa, como pasaba con el usufructuario a quien se le daba en usufructo una casa o un predio rústico, pudiendo alquilar aquélla y percibir los alquileres que eran sus frutos civiles, o aprovecharse de las cosechas del predio rústico, que eran sus frutos naturales. [3] Este derecho del usufructuario sobre los frutos de la cosa era absoluto, porque haciéndose propietario de ellos podía consumirlos, o enajenarlos o donarlos, haciendo con ellos lo que más le conviniera. Debe, sí, tenerse en cuenta, que la simple separación de los frutos de una cosecha, por ejemplo, no le daba ese derecho: necesitaba, en cierto modo, de aprehender esos frutos. Los romanos se valían de dos locuciones para expresar esa idea: *capere, apprehendere*. De aquí se desprendía la siguiente consecuencia: si el usufructuario no había llegado a hacer uso de su derecho y no había cogido los frutos de los árboles de los que

(2) El principio contrario está establecido por el artículo 579 del Código Civil citado, según el cual el usufructuario puede ceder, aun gratuitamente, el ejercicio de su derecho.

(3) Artículo 566, Código Civil citado.

se apoderaba, pongamos por caso, un poseedor de mala fe, el usufructuario no tenía derecho a intentar contra el despojador la acción reivindicatoria, porque el ejercicio de esta acción, en este caso, no le correspondía sino al nudo propietario. Otra consecuencia que surgía también del mismo principio apuntado era la de que si moría el usufructuario, sin haber retirado la cosecha, los frutos pendientes de los árboles no le pertenecían a sus herederos sino al nudo propietario. [4] Esto en cuanto a los frutos naturales y a los industriales también. Respecto de los frutos civiles, los percibía el usufructuario, día a día. [5]

La otra expresión: con tal de no alterar la sustancia de la cosa, de que habla la definición, significaba, como lo observa Bonfante, [6] que el usufructuario no debía alterar el destino económico de la cosa sujeta a usufructo. En otros términos, el usufructuario debía usar y disfrutar de esa cosa como un buen padre de familia, [7] que era una expresión que significaba el interés y la prudencia con que un buen administrador debía conservar las cosas para que se mantuvieran sin

(4) El artículo 567, Código Civil citado dispone que los frutos naturales que al principiar el usufructo no estén desprendidos, pertenecerán al usufructuario; pero que los que no lo estén todavía, cuando termina el usufructo, pertenecerán al propietario.

(5) Artículo 568, Código citado.

(6) Bonfante, obra citada.

(7) Artículo 584, Código citado.

deterioros debidos a su negligencia. De aquí que el usufructuario estuviera obligado a hacer todos los gastos que requiriera la conservación de estas cosas, y a satisfacer los impuestos que gravitaran sobre sus frutos o productos. [8] Esto era perfectamente lógico, porque hemos dicho que el usufructo, como servidumbre personal que era, duraba lo que la persona en cuyo favor se instituía, de manera que al morir esa persona, los derechos del usufructuario se consolidaban con los del nudo propietario, que así se llamaba el que tenía sobre la cosa todos los demás derechos inherentes al dominio, exceptuados los que correspondían al usufructuario. [9] El nudo propietario, por lo demás, quedaba propietario de la cosa con el derecho de hacer con ella cuanto no fuese incompatible con los derechos del usufructuario. Podía hipotecar esa cosa, podía gravarla, podía imponerle una servidumbre, podía venderla, si quería. Si alguien se apoderaba de la cosa o turbaba su posesión legítima, a él le tocaba reivindicarla o poner en juego las acciones interdictales que le aseguraban el goce pacífico de su cosa. [10] Contra el mismo usufructuario, para el goce de su pleno derecho de nuda propiedad, tenía acción el nudo propie-

(8) Artículos 588 y 593, mismo Código.

(9) Artículo 601, mismo Código.

(10) Artículo 597, mismo Código.

tario, y no sólo cualesquiera acciones civiles, sino las penales que podían tener su origen en un daño causado a la propiedad, como podía suceder con el corte de los árboles frutales.

Respecto de las cosas que podían ser objeto de usufructo, debieron ser, en los primeros tiempos, aquellas que eran necesarias a la existencia, pero que no podían consumirse, porque en realidad, creada la servidumbre, generalmente en un testamento, con el objeto de procurarle recursos al legatario, estaban aquellas cosas indicadas como las más propias al objeto. Pero después que la institución evolucionó y se hizo más frecuente, creció, a la vez, el radio de las cosas que podían ser objeto del referido beneficio. Era frecuente en Roma que fueran objeto de usufructo no sólo las casas situadas en Roma, y las fincas rústicas, sino también los esclavos, los rebaños, los bosques y las minas. En realidad, sobre todas estas cosas y sobre las demás que no se consumían por el primer uso, podía constituirse un usufructo. Las cosas que se consumían por el uso estaban excluídas, como pasaba con el vino, con los granos, los vestidos, y el dinero. [11]

---

(11) Por la ley venezolana todas las cosas, muebles o inmuebles, pueden ser objeto de usufructo. Una renta vitalicia misma, también puede ser objeto del mismo. Ahora bien, si las cosas son fungibles, el usufructuario tiene derecho de servirse de ellas, con la obligación de pagar su valor al terminar el usufructo, o de restituirlas en igual cantidad o calidad, o de pagar en lo que fueran estimadas si la estimación se hizo al comenzar el usufructo. Res-

Cuando era un esclavo lo que se daba en usufructo, el usufructuario, o bien empleaba al esclavo en su servicio, y era esto lo más corriente, o bien lo arrendaba, y percibía el precio de ese arrendamiento: no lo podía vender, porque el usufructuario no tenía el *jus abutendi,* como hemos visto. Cuando se trataba de una esclava, el hijo de ésta no le pertenecía al usufructuario sino al nudo propietario, por la razón jurídica de no ser tenido el parto de la esclava en calidad de fruto, como sí pasaba con el de los animales. De aquí resultaba que cuando el objeto del usufructo era un rebaño, los frutos de éste, que eran el parto de esos animales, le pertenecían al usufructuario y él tenía en ese caso el solo deber de reponer las cabezas de ganado que hubieran desaparecido por causa natural, lo cual era en el fondo, una restricción a su derecho de propiedad sobre los frutos de las cosas, desde el momento que este derecho quedaba limitado a los animales que no fueran necesarios para formar los vacíos ocasionados por los que desaparecían. [12] Cuando se daba en usufructo un monte tallar el usufructuario, que como mero conservador de las cosas dadas

---

pecto de las cosas que sólo se deterioran por el uso sin llegar a ser consumidas por el primer uso, como pasa por ejemplo con la ropa o los muebles de una casa, el usufructuario cumple con restituirlos como estén al término del usufructo, respondiendo solamente del deterioro que se daba a su dolo o a su culpa. Artículos 569, 570, y 571, del Código citado.

(12) Artículo 599, mismo Código, único aparte.

en usufructo no podía disponer de los árboles que estuviesen plantados en el predio dado en usufructo, en el caso del monte tallar tenía el derecho de hacer los cortes periódicos que constituían la práctica y la forma de usar de este derecho en ciertas y determinadas épocas. (13) Cuando era una mina o cantera la dada en usufructo, el usufructuario debía limitar su derecho a extraer de esas canteras los productos naturales de ellas, sin extender ese derecho a la explotación de otra cantera que pudiera haber en el mismo predio. Respecto del tesoro, éste no le pertenecía al usufructuario, de acuerdo con la teoría que ya hemos sentado, de que el tesoro le pertenecía, mitad al inventor y mitad al propietario del fundo o terreno en donde se lo hallara. (14) Tampoco hacía suyo el usufructuario el aumento que por aluvión podía tener el fundo dado en usufructo, ni tampoco el incremento que el mismo podía tener por avulsión, o debido a la formación de una isla. Tampoco le pertenecía la manda en favor del esclavo dejado en usufructo.

Como la obligación del usufructuario era la de usar y gozar de la cosa sin poder alterar su sustancia, por corresponder ésto al nudo propietario, la ley romana le imponía al usufructuario, antes de que en-

---

(13) Artículo 572, mismo Código.

(14) Artículo 581, último aparte.

trara en el goce de su derecho, el deber de prestar caución personal o real, o sea, fianza o hipoteca. [15] Cuando el usufructuario se negaba a prestar la fianza, entonces el Pretor no lo ponía en posesión del usufructo; y cuando el usufructuario intentaba entonces contra el nudo propietario la acción correspondiente, que era la confesoria, para obtener dicha posesión, entonces el derecho honorario mismo le daba al nudo propietario una excepción para rechazar aquella acción en tanto que la fianza no hubiera sido prestada. [16]

Era singular que en la teoría romana se considese que cuando el usufructuario era instituído por testamento, carecía el *de cujus* del derecho de eximir al usufructuario de prestar la referida caución, [17] y así se decidió de acuerdo con una Constitución del Emperador Alejandro Severo. Por lo demás, el usufructo era divisible en Roma, lo que no pasaba en principio con las servidumbres, y así varias personas podían tener, en turno, el usufructo de una misma cosa.

---

(15) Artículo 584, mismo Código.

(16) En este caso prevee la Ley Venezolana, (artículo 586 mismo Código), que el nuevo propietario tiene el derecho a que se vendan los muebles, que sean objeto del usufructo, y que su producto se coloque a interés, teniendo derecho a éste el usufructuario. En cuanto a lo que sea necesario para el uso personal del usufructuario y de su familia, se le deberán entregar bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo.

(17) Este principio está derogado en el Código Civil citado.

Hemos dicho que era rasgo esencial en el usufructo el conservar la sustancia, objeto del mismo, de donde resultaba que el usufructuario no podía consumir la cosa dada en usufructo. Pero resultó que en la práctica se le daba a veces, en ciertos casos, al usufructuario, el derecho de consumir esas cosas. El derecho romano llamó a ésto: cuasi usufructo, pues el derecho del usufructuario en tal caso se limitaba a devolver las cosas que había consumido, en la misma calidad y en la misma cantidad. Daba ésto por resultado que el acto se confundía con el contrato de préstamo de consumo, por lo cual, para que no hubiera tal confusión, exigían los romanos, cuando se trataba del usufructo, que el usufructuario prestase necesariamente la caución de que hemos hablado. En este caso del cuasi usufructo, el usufructuario estaba obligado a devolverle al nudo propietario, al terminarse el usufructo, una suma de dinero igual a la que había recibido, si el cuasi usufructo había sido constituído sobre aquélla. Si se trataba de vino o de granos o de otras cosas consumibles por el uso, se las estimaba previamente, y el legatario prestaba fianza de restituir una suma igual a la tasada. En el caso del dinero, también debía prestarse fianza a favor del nudo propietario. Desde luego que cuando se trataba de vino y de granos, el usufructuario, al prestar la fianza a que acabamos de

referirnos, se obligaba a devolver cosas del mismo género y de la misma calidad, pero la apreciación en dinero de estas mismas cosas evitaba toda controversia sobre este punto, facilitando el cuasi usufructo.

USO

La servidumbre de uso consistía en el derecho de gozar las cosas de otro, con la obligación, para el usuario, de conservar la sustancia de esa cosa. Como se ve, la servidumbre de uso era lo mismo que la de usufructo, con la diferencia de que el usufructuario tenía el *jus fruendi,* y el usuario, solamente, el *jus utendi.* Por lo demás, lo mismo que el usufructo, las cosas muebles o inmuebles, podían ser objeto de la servidumbre que nos ocupa. De lo que antecede se desprende que el usuario podía únicamente servirse de la cosa, pero no extender su derecho hasta el de percibir sus frutos. Con todo, los jurisconsultos romanos admitieron que la regla no era absoluta, porque había casos en que la referida servidumbre hubiera sido inútil, si al usuario no se le hubiera permitido tomar una parte limitada de los frutos. De aquí, pues, que en el caso de ser un rebaño, por ejemplo, el objeto de una servidumbre de uso, se admitiera que la intención del concedente había sido la de que el usuario tomara la lana y la leche que produjera el rebaño, no en la medida completa que tenía el usufructuario,

sino en la medida limitada que fuera necesaria para el consumo doméstico del usuario. Lo mismo pasaba con los frutos de una huerta, en que el usuario no podía coger la cosecha para venderla, pero sí una parte de los frutos para aquel consumo. [18] Cuando la servidumbre de uso recaía sobre una casa, el usuario podía no sólo utilizarla para su familia, sino que se admitía que podía llegar hasta recibir un huésped en ella. No fué así al principio. El derecho del usuario se consideraba estrechamente unido a la persona: sólo él podía servirse de la cosa, y para su exclusivo uso: no se permitía que cediera su derecho: no se le reconocía tampoco que pudiera arrendarlo; pero este rigor fué decreciendo con la evolución del derecho, y se reconoció que la mujer y los hijos del usuario tenían tanto derecho como él a aprovecharse de la servidumbre. La casa que, al principio, sólo el podía habitar, fué más tarde albergue no sólo de las personas a que acabamos de referirnos, sino de los clientes y huéspedes del usuario también, y en cuanto al derecho de arrendarla que se le negaba antes, se le concedió más luego, bien que restringidamente, porque los locatarios no podían estar en lugar del usuario, sino en una parte de las habitaciones que él ocupara. Esta evolución,

---

(18) Artículo 606, Código citado.

en realidad, lo que hizo fué acercar, lo más posible, el derecho de gozar de la cosa, que tenía el usuario, al del usufructuario, bien que el del primero limitado al mismo usuario y a su familia. Por lo que hacía a sus obligaciones, se limitaban a la simple conservación de la cosa, como un buen padre de familia, y a su devolución, cuando terminaba el uso. [19] No pagaba ni los gastos de conservación, ni las contribuciones que gravitaban ya sobre el propietario, ya sobre el usufructuario, lo cual era perfectamente lógico. [20] Por lo demás, prestaba caución del cumplimiento de su obligación, y hacía inventario antes de entrar a gozar de su derecho. [21]

HABITACIÓN

La habitación consistía en el derecho de habitar un inmueble cuya propiedad perteneciese a otro, conservando la sustancia de esa cosa. Desde luego se echa de ver que eran los predios situados en las ciudades, o sean las casas, las únicas que podían ser objeto del *jus habitandi*. El que gozaba de esta servidumbre podía habitar la casa que era objeto de ella, con toda su familia, pero no podía ocupar sino los departamen-

(19) Artículo 610, mismo Código.

(20) El artículo 611 del mismo Código le impone al usuario contribuir en proporción de su goce a los gastos de reparaciones menores y de impuestos que graviten sobre el usufructo.

(21) Artículo 609, mismo Código.

tos destinados a las habitaciones. [22] Si en la casa había un sitio destinado a un granero, por ejemplo, o una bodega, éstos no entraban en la servidumbre. Se le permitía al que tenía el beneficio de la servidumbre que, en vez de habitar la casa, pudiera arrendarla y percibir el alquiler, pero no se le permitía que cediese a otro, gratuitamente, el derecho de habitarla. Sus obligaciones consistían en la conservación de la casa como un buen padre de familia, [23] siendo de su cargo los gastos extraordinarios de conservación y el pago de las contribuciones inherente al derecho de usar y gozar de ella; y para garantizar estas obligaciones debía prestar caución, real o personal. [24] Por lo expuesto se comprende que la diferencia entre el usuario y quien tenía el derecho de habitación, consistía en que se podía optar entre habitar la casa y arrendarla, al paso que el usuario no podía sino usar la cosa. En cambio, el usuario podía ocupar toda la casa que fuese objeto de su derecho, al paso que el que sólo tenía el derecho de habitación no podía usar, como hemos visto, sino única y exclusivamente la parte del edificio que servía de habitación. [25]

---

(22) Artículo 607 y 608, mismo Código.

(23) Artículo 610 citado.

(24) Artículos 611 y 609, también anteriormente citados.

OPERA SERVORUM

La servidumbre *opera servorum* era el derecho de aprovecharse del servicio o trabajo del esclavo de otro, que también podía recaer sobre los animales de otro. El que gozaba de este derecho, que generalmente emanaba de alguna disposición testamentaria, podía utilizar el trabajo del esclavo y el de los animales, objetos de su derecho, pudiendo arrendarlos. En cambio de este derecho, debía proveer a la manutención del esclavo y cuidar de él como un buen padre de familia. Para el cumplimiento de esta obligación debía prestar fianza, como sucedía en las servidumbres de usufructo, de uso y de habitación, que hemos analizado. Debemos advertir que entre el usufructo, el uso de un esclavo, y la servidumbre de *opera servorum,* que estamos analizando, existía en Roma una diferencia capital: el usufructo y el uso de un esclavo se extinguían por el no uso o por la disminución de cabeza, como lo veremos, al paso que la *opera servorum* no seguía esta regla. Dicha servidumbre se extinguía con la muerte del esclavo, y ni siquiera con la muerte de la persona en cuyo favor se constituía.

Dividían también los romanos las servidumbres, en positivas o afirmativas, y negativas, entendiéndose por las primeras aquéllas en que el propietario del predio sirviente debía sufrir que el otro hiciera, al

paso que en las servidumbres negativas su obligación se limitaba a abstenerse de hacer. [26]

La doctrina romana dividía también las servidumbres en continuas y discontinuas, y en aparentes y no aparentes. [27] Servidumbre continua era la que podía ejercerse independientemente del hecho del hombre, como pasaba con la servidumbre llamada de acueducto, al paso que las discontinuas eran las que requerían el hecho actual del hombre para su ejercicio, como sucedía con la servidumbre llamada de paso. Aparentes eran las que podían conocerse por algún signo exterior, como pasaba con la llamada servidumbre de acueducto, antes mencionada, y no aparentes las que existían independientemente de un signo visible que las hiciera conocer, como sucedía con la servidumbre *altius non tollendi.*

---

(25) Los derechos de uso y de habitación no se pueden ceder ni arrendar en el derecho venezolano: artículo 612, Código citado.

(27) Artículos 696 y 697, Código Civil citado.

CAPITULO VIII

DE LA CONSTITUCION DE LAS SERVIDUMBRES Y DE LOS MODOS DE EXTINCION

Cuando examinamos la teoría de las cosas dijimos que, en los primeros tiempos del derecho romano, se las dividía en cosas *mancipi* y *nec mancipi.* Las servidumbres rústicas, situadas en Roma y, más tarde, en toda Italia, pertenecían a la primera categoría: las urbanas, ya estuvieran situadas en Roma o en Italia, a las segundas. De aquí resultaba, lógicamente, que las servidumbres que estaban consideradas como cosas *mancipi,* no podían válida y legalmente constituirse, sino empleando las formalidades de la *mancipatio,* y que las que se consideraban *nec mancipi* requerían la *in jure cessio.* Y era que, por otra parte, en la faz del derecho romano a que estamos refiriéndonos, no era propiamente la servidumbre una relación jurídica entre dos predios, como pasó con las llamadas prediales, sino que aquella relación estaba materializada y li-

gada de tal modo a la cosa misma, que se confundía con ella como ya tuvimos ocasión de observarlo. Este concepto, pues, tuvo una influencia decisiva en la clasificación de las servidumbres, y en la aplicación a ellas de los medios que servían para trasmitir la propiedad. Ahora bien, en las Provincias romanas de Oriente, no había otro modo de constituir la servidumbre que por medio de una convención o de un contrato que llegó a ser, definitivamente, en el derecho bizantino, el modo, digamos general, de constituirlas.

El concepto material, que hemos apuntado, como característico de la noción de la servidumbre, en el derecho de los primeros tiempos, cambió más tarde, en el derecho clásico, y la servidumbre tuvo desde entonces y ya definitivamente, el carácter de un derecho abstracto, digamos, que no podía confundirse con el de propiedad, con el cual tenía analogías y diferencias. Esto explica el por qué no todos los medios según los cuales se podía adquirir la propiedad conforme al derecho civil les fueran aplicables a las servidumbres. Muy probablemente en el derecho de los primeros tiempos, las servidumbres rústicas que, como hemos dicho eran consideradas *res mancipi*, se adquirían también por usucapión; pero lo cierto es que en el derecho clásico una ley Scribonia, promulgada en el siglo VII de Roma, suprimió este medio de adquisición. De los del de-

recho civil quedaron, pues, después de la promulgación de la citada ley: la adjudicación, la ley, y un acto jurídico, que bien podía ser un acto de última voluntad o bien un acto entrevivos. Estos últimos podían hacerse de dos maneras: por medio de una *translatio servitutis,* o por medio de una *deductio servitutis.* Se empleaba la primera fórmula, cuando el dueño del predio sirviente, empleando *la mancipatio* o la *in jure cessio,* según el carácter de la servidumbre, y manteniendo su condición de dueño, constituía la servidumbre en favor de otro predio, o de una persona, si se trataba de servidumbres personales. Se empleaba la segunda, cuando el dueño del predio que resultaba dominante al quedar constituída la servidumbre, lo enajenaba, reservándose el beneficio de una servidumbre. Cabe observar que este medio de la *mancipatio* prestábase para consentir en una servidumbre, para lo cual el dueño del predio sirviente no tenía otra cosa que hacer que venderle, ficticiamente, el predio al dueño del que debía adquirir la servidumbre, hecho lo cual este último, a su vez, le retrovendía el predio, pero reservándose la servidumbre que quería constituirse. Con respecto a los actos de última voluntad que podían emplearse para la constitución de una servidumbre, podrían citarse la herencia, el legado, o cualquiera otro medio de adquisición por causa de

muerte. La ley era otro medio, según dijimos, como pasaba con el usufructo legal que le correspondía al *pater familias* sobre los bienes que formaban el peculio adventicio del hijo. La adjudicación, por último, resultaba de juicios divisorios, y también cuando el Juez reconocía la necesidad de que un fundo quedara gravado en beneficio de otro con una servidumbre de paso, como pasaba en un juicio de partición, por ejemplo, con un fundo enclavado. Desde luego que entre los medios que traía el derecho civil quedaba excluído el de la tradición, por no ser aplicable a las cosas incorporales; pero más después el derecho pretoriano, al admitir el principio de la cuasi posesión para las cosas incorporales, debió admitir, lógicamente, la cuasi tradición para las servidumbres, que surtía respecto de la *possessio rei.* De ésto resultó que pudien-
pecto de la *possessio rei.* De ésto resulto que pudiendo hacerse la enajenación de un fundo por medio de una simple tradición, ésta podía emplearse válidamente para las servidumbres, tanto en el caso de que se empleara la *traslatio servitutis,* como cuando se empleaba la *deductio,* a que ya nos referimos.

Bajo Justiniano sabemos que la *mancipatio* y la *cessio in jure* habían desaparecido, y de aquí que el contrato, (pactos y estipulaciones), según el texto de las Instituciones, ocupara el sitio de aquéllas, para

la constitución de las servidumbres. La citada expresión de las Institutas ha dado lugar a interpretaciones y a comentarios por parte de los expositores de derecho romano, entre otras cosas, por las diferencias que había—como lo veremos en el lugar correspondiente—entre el pacto y la estipulación, que al principio eran en cierto modo expresiones que correspondían a dos órdenes de ideas diferentes. En realidad, las citadas expresiones fueron tomadas, por los compiladores del derecho de Justiniano, de un pasaje de Gayo relativo a los fundos provinciales y a la constitución de las servidumbres sobre los mismos, los cuales escapaban, como se sabe, a los procedimientos de la *mancipatio* y la *in jure cessio,* aplicables sólo a los fundos itálicos. Debió ser, pues, en sentir de muchos expositores, el Edicto Provincial el primero en acojer el citado medio de constituir las servidumbres; de allí debió pasar al Edicto del Pretor, y de éste al derecho civil bizantino. Desde luego que siempre queda pendiente la estrecha alianza entre dos expresiones antagónicas, no ya en la época del último citado derecho, sino en los tiempos de Gayo en que apareció. En este terreno, puramente conjetural, no deja de tener fuerza la hipótesis de Huvelin de que la estipulación, en este caso, no venía a servir sino de cláusula penal que se agregaba al pacto que creaba la servidumbre, a

fin de que éste fuera indirectamente eficaz. (*) Al lado de estos pactos y estipulaciones, a que acabamos de referirnos, existía otro medio en el Bajo Imperio de constituír las servidumbres, que era el de una especie de *praescriptio longi temporis* fundada en la cuasi-posesión de las servidumbres. Los principios que regían la posesión que servía de base a la *praescriptio longi temporis* no eran idénticos a los que organizaban esta cuasi posesión que se exigía para las servidumbres, pues bastaba que sólo tuviera un justo origen la cuasi-posesión, o, en otros términos, que no fuera viciosa: *nec vi, nec clam, nec precario* que anteriormente hemos tenido ocasión de mencionar. Por lo demás, exigíase el mismo tiempo de la posesión que servía de base a la prescripción: diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Con anterioridad a la época adelantada del derecho bizantino en que se aplicó este medio de constituir las servidumbres, se exigía un uso inmemorial de las mismas, según un texto de Pomponio. [1]

(*) Collinet ha hecho un interesantísimo estudio de esta materia, llegando a la conclusión de que fué helénico el origen de este modo contractual de constituír las servidumbres, y que del derecho provincial, limitado única y exclusivamente a las provincias de Oriente, fué de donde pasó directamente la institución al derecho de Justiniano. La teoría de Collinet, a la que nosotros adherimos, excluye la afirmación de otros expositores de que el derecho itálico hubiera admitido también aquella práctica, y que de allí hubiese sido de donde pasara al derecho del mencionado Emperador. (Autor, obra y tomo citados).

(1) El Código Civil Venezolano establece por los artículos 706 y 707, que las servidumbres continuas y aparentes se establecen por títulos, por prescripción de treinta años, o por destinación del padre de familia. Pero las continuas no aparentes y las descontinuas, sean o no aparentes, solamente por título.

Pasando ahora a los modos de extinción de las servidumbres debemos decir que estos se dividían en dos órdenes: modos generales o comunes de extinción, que eran aplicables a todas ellas, y modos especiales que sólo se aplicaban a las servidumbres personales. Los primeros eran: la pérdida de la cosa gravada con la servidumbre, la confusión, la renuncia y el no uso; [2] los segundos eran: la muerte y la *capitis deminutio,* la llegada del término fijado para su duración, y el cambio sobrevenido en la cosa. [3] Podíanse también dividir estos medios en dos categorías: los unos aplicables a todas las servidumbres reales y al usufructo: confusión, resolución del derecho del constituyente, remisión o renuncia, pérdida o cambio de estado de la cosa, no uso, revocación de la propiedad, y llegada del término o de la condición; y modos particulares al usufructo: la muerte del usufructuario y la *capitis deminutio,* sin incluir ciertas particularidades que ofrecía la extinción de los derechos de uso y habitación, por serles aplicables las mismas reglas que regían en materia de extinción del usufructo.

PÉRDIDA DE LA COSA O MUTATIO REI

Se explica por sí sola este causal desde el momento en que no podríamos concebir la servidumbre sin

(2) Artículos 738, 740, 742, Código Civil citado.

(3) Artículo 601, Código Civil citado. La *capitis deminutio,* desde luego está descartada.

un objeto sobre el cual estuviera establecida. Si el fundo sobre que pesaba la servidumbre se destruía, o si el que la ejercía desaparecía por un incendio, digamos, era lógico que los romanos consideraran que la servidumbre se extinguía. [4] Pasaba lo mismo con la muerte del esclavo que se tenía en usufructo. Desde luego que la pérdida debía ser total con relación al ejercicio del derecho que se tenía, para que éste hubiera dejado de ejercerse conforme al uso para el que había sido creada la servidumbre. Podía muy bien suceder que el fundo dominante no pudiera aprovecharse de la servidumbre, bien porque se secaba la fuente de donde tomaba el agua para sus necesidades, o bien porque invadido por las aguas el fundo sirviente se había borrado el camino abierto para una servidumbre de paso: en ambos casos la servidumbre se extinguía. Pero en el usufructo esta causal se aplicaba con más rigos aún, porque bastaba con un cambio en la cosa. Cuando el edificio sobre el cual pesaba un usufructo se destruía o se incendiaba, el usufructo se extinguía, y era tan absoluta esta extinción, que ningún derecho le pertenecía al usufructuario ni sobre los materiales del edificio, ni sobre el suelo en que es-

(4) El artículo 739 del Código Civil citado establece que la servidumbre reaparece cuando las cosas se restablezcan de modo que pueda hacerse uso de ellas, a no ser que haya trascurrido tiempo bastante para que la servidumbre quede extinguida.

taba edificado. [5] Había más todavía, y era que si más tarde el nudo propietario reedificaba el inmueble, el derecho del usufructuario no renacía. Otro tanto pasaba cuando el usufructo recaía sobre un animal que moría: en este caso el usufructo quedaba extinguido, y el usufructuario debía entregarle al nudo propietario, la piel del animal. [6] Cuando la cosa perdía su destino y su nombre, el usufructo quedaba extinguido: de aquí que lógicamente, cuando se daba en usufructo una *quadriga,* al morir uno que fuera de los cuatro caballos que la componían, quedara extinguido el usufructo, que era un caso muy distinto de aquel en que el *de cujus* legaba simplemente sus cuatro caballos, en cuyo caso la muerte de uno de ellos no impedía que continuara el usufructo sobre los otros tres. Pero sucedía, a veces, que la destrucción o el cambio sobrevenidos en la cosa no la alcanzaban en su totalidad, en cuyo caso el usufructo persistía: el caso de un rebaño era típico: si una enfermedad o un caso fortuito reducía a tal punto las cabezas de ganado que las que

---

(5) Por el contrario el artículo 605 del Código Civil citado le da derecho al usufructuario a gozar del área y de los materiales. Si el nuevo propietario quiere construir otro edificio, puede ocupar el área y los materiales, pero habrá de pagarle al usufructuario, durante el usufructo, los intereses del valor.

(6) Artículo 599, Código citado. Este artículo contempla el caso de la destrucción total de un rebaño o piara. El 598 el del animal único, sobre el cual esté constituído el usufructo, en cuyo caso el usufructuario no está obligado a restituir otro ni a pagar su precio.

quedaban no merecían la denominación de rebaño, el usufructo se extinguía; pero en el caso contrario el usufructo persistía. Pasaba otro tanto cuando la casa sobre la cual pesaba el usufructo era sólo destruida en parte por un incendio. Si el usufructo recaía, por ejemplo, sobre una nave, bien podía suceder que con la madera separada se pudiera reconstruir otra nave, y en este caso el usufructo no renacía, porque se consideraba que la cosa había desaparecido o que había habido en ella una *mutatio* que extinguía el usufructo. No era aplicable este rigor a las servidumbres prediales, porque destruida la cosa gravada, se admitía que la servidumbre continuara al ser aquella reconstruida, con tal de que el estado anterior de los lugares no hubiera sido modificado.

CONFUSIÓN

Decían los romanos que había confusión cuando se reunían las cualidades de titular de la servidumbre y de propietario de la cosa en una misma persona. Si el predio sobre el cual pesaba una servidumbre, venía a ser, más tarde, en virtud de una herencia o por otro título, propiedad del dueño del predio dominante, se extinguía la servidumbre, en virtud de la regla *nemini res sua servit*. Podía muy bien suceder que uno de los dos fundos pasara, digamos, por motivo de una venta, a otro propietario: esto no importaba, la servidum-

bre había quedado extinguida y para que existiera tenía que ser establecida de nuevo. Podía suceder también que la confusión no se realizara sino parcialmente, como sucedía cuando el fundo sirviente pasaba a ser sólo en parte de la propiedad del titular de la servidumbre: entonces no se extinguía la servidumbre, porque ésta era indivisible, como hemos visto, y se aplicaba la regla: *pro parte servitus retinentur.* Todo esto era conforme a la más perfecta lógica: cuando analizamos la teoría jurídica de la servidumbre dijimos que ésta no podía existir sino sobre la cosa de otro: *jus in re aliena;* de consiguiente si esta condición dejaba de llenarse era natural que le faltara al derecho de servidumbre su base jurídica. No importaba como era que la confusión se había producido: pasaba, a veces, que el dueño de uno cualquiera de los predios dominante o sirviente se hacía adquiriente del otro, o que un tercero los adquiría o que hubieran mediado una donación o una herencia, o un contrato de venta: nada de ésto importaba, porque de todos estos modos aparecía el hecho de la confusión, y este hecho destruía la base jurídica de la servidumbre, como hemos sentado. Es de observar que la extinción de la servidumbre, producida por la confusión, tenía un carácter definitivo e irrevocable, que por lo mismo que destruía el lazo de derecho que antes

existía entre el predio dominante y el sirviente, hacía que activa y pasivamente ambos fundos entrasen a formar parte del patrimonio del adquiriente, y así también, que libres de toda carga, pasaran a un tercero, caso de enajenación. Equivale ésto a decir que para que la servidumbre reviviera, se exigía en Roma que se la constituyera de nuevo. Pero no quería ésto decir que cuando la confusión se había producido por una adquisición necesariamente temporal de la propiedad, no se reconstituyera la servidumbre cuando cesaba aquella situación temporal. Tal era lo que pasaba con el fundo dotal que el marido debía restituir, y también cuando hecha la adición de la herencia por parte del heredero, se le devolvían a éste los bienes que más tarde ese mismo heredero debía entregar a los legatarios. Había también otro caso en que lógicamente desaparecían los efectos de la confusión, y era cuando el testamento, en cuya virtud se había producido la confusión, llegaba a ser declarado nulo. Ahora bien, en las servidumbres personales, y principalmente en el usufructo, podía suceder que a veces se reunieran en el titular la doble condición de usufructuario y de nudo propietario. En este caso el usufructo se extinguía, y se decía que había entonces consolidación. [7] Es de observar que en este caso de

(7) Artículo 601, Código citado.

las servidumbres personales, por lo mismo que no existía la indivisibilidad, la extinción podía verificarse, sólo en parte, cuando el titular no adquiría la totalidad del derecho a la nueva propiedad, sino que se hacía copropietario solamente. Por ésto decían los romanos: *usufructus ab initio pro parte in divisa vel divisa constitui, et legitimo tempore similiter amitti, eademque ratione per legem Falcidiam minui potest.* Pero, por lo demás, los efectos de la confusión eran los mismos para toda clase de servidumbres. De aquí que si más tarde, después de efectuada la consolidación pasaba a otro, separadamente, alguno de los elementos que integraran el dominio, se requería que un nuevo acto de constitución de la servidumbre personal se efectuara. De aquí también que si el testamento, por ejemplo, que había dado origen a la consolidación, era declarado inoficioso, quedara sin efecto la consolidación. En este caso el carácter de heredero o la calidad de heredero que era el hecho generador de la consolidación quedaba destruído, y era muy lógico que esta última desapareciera; pero si tal no sucedía, porque aquel carácter persistía aun cuando el heredero hubiera sido descartado por indigno, era lógico también que persistieran los efectos de la consolidación, y de aquí el principio: *indigno haerede pronunciato, adempta haereditate, confusas actiones restitui*

non opportet. Es también de observar que cuando el usufructo había sido constituído periódicamente, la consolidación no se verificaba sino periódicamente también, renaciendo el usufructo para los períodos siguientes.

RENUNCIA

La renuncia o remisión hecha por el titular de la servidumbres, la extinguía también. De dos maneras podía hacerse la renuncia: expresa o tácitamente, siendo la primera la que se hacía de palabra, empleando la mancipación para las servidumbres reales, y la *in jure cessio* para toda clase de servidumbres: pactos y estipulaciones bajo Justiniano; y la segunda, la que se infería de los hechos, como pasaba cuando el dueño de la servidumbre le permitía al del predio sirviente hacer alguna obra que impidiera el uso de la servidumbre. Con arreglo al principio de indivisibilidad que tenían las servidumbres reales, era natural que la renuncia fuera total para que se realizara la extinción: de donde resultaba que si el predio dominante pertenecía a varios, se requiriera el consentimiento de todos y la voluntad de todos para que se produjera la extinción. Por el contrario, cuando se trataba de una servidumbre personal, que era divisible, como lo hemos notado, el titular podía renunciar, útilmente, a sólo una cuota parte de su derecho.

RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL CONSTITUYENTE

Esta causal de extinción del derecho de servidumbre era también perfectamente justificable, porque una persona no podía trasmitir a otra sino los derechos que tenía, por donde se deducía que si éstos estaban sujetos a alguna condición o dependientes de algún término, se extinguieran cuando la realización de esa condición resolvía el derecho, o cuando otro tanto pasaba con la llegada del término estipulado. Los textos romanos claramente establecían la aplicabilidad de estos principios al caso de las servidumbres reales y lo mismo al del usufructo. Pero debemos observar que la extinción del derecho del constituyente debía verificarse, según la expresión romana, *ex causa antiqua et necessaria,* con lo cual se quería expresar una causa inherente al derecho mismo, ajena a la voluntad del referido constituyente.

NO USO

Esta causal de extinción del derecho de servidumbre emanaba de la misma naturaleza que estas tenían. Inspirada en una necesidad de orden general en interés de la propiedad misma debía su existencia a esta necesidad y por ello la ley se la imponía al dueño del predio sirviente obligándolo a que la soportara sin protesta. Tratábase, pues de un sacrificio que no podían eludir los dueños de estos predios que veían por él

limitado el libre ejercicio de su dercho de propiedad. De aquí que cuando el titular mismo de la servidumbre no usaba de su derecho, presumía el legislador el abandono de este derecho, dándole al dueño del predio sirviente el derecho de oponer la extinción de la servidumbre a la negligencia del titular: *qui enim in tram longo prolixoque spatio suum jus minime consecutus est, sera paenitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat.* Cuando hablamos de la usucapión se recordará que los plazos exigidos para ésta era el de un año para los muebles y el de dos para los inmuebles. Estos mismos plazos eran los que regían para la extinción del derecho de servidumbre por el no uso. Más tarde, como también lo hicimos observar, Justiniano modificó estos plazos disponiendo que fueran tres años para los muebles y diez y veinte años para los inmuebles, según se tratara de presentes o de ausentes. Estos mismos plazos fueron aplicados por el citado Emperador a la extinción, en examen, de la servidumbre. En este punto había que distinguir según fueran las servidumbres rústicas o urbanas, pues eran sólo las primeras las que se extinguían por el no uso, exigiéndose en las otras, o sea, en las urbanas, que además del no uso, el dueño del predio sirviente practicara un acto contrario a la servidumbre, que equivalía a una prescripción o a una usucapión liberato-

ria: *usucapio libertatis.* Lógicamente era atendida así la distinta índole de las unas y de las otras. En las servidumbres rústicas su ejercicio consistía sólo en el uso que de ellas hacía el titular: de aquí que el no uso bastara a su destrucción; al paso que en las urbanas su ejercicio consistía en la paciencia del dueño del predio sirviente, y de aquí que se exigiera, además de cierto lapso, que éste estuviera acompañado de la *usucapio libertatis.* En esta última clase de servidumbres había, digamos, una posesión continua e ininterrumpida, del estado de los predios, que era lo que constituía su ejercicio y que tenía un carácter análogo al de la posesión que servía de expresión al derecho del propietario. No se trataba, pues, en esta clase de servidumbres del hecho positivo de su ejercicio o de su uso, que si era característico en las rústicas, y de aquí que la citada posesión no pudiera ser ni interrumpida ni qubrantada sino por un hecho contrario que era, a su vez, la expresión objetiva, digamos, de la liberación del fundo sirviente. A una larga controversia entre los autores ha dado lugar esta *usucapio libertatis,* pretendiendo algunos que sólo a las servidumbres aparentes les era aplicable el principio, y el no uso a las no aparentes; pero estas hipótesis, a veces en desacuerdo con los textos, han ido cayendo en olvido.

Desde luego, que al aplicar la regla en examen a las servidumbres urbanas, como lo hemos notado, se exigía una manifestación permanente del acto contrario a la servidumbre por parte del fundo sirviente: exigíase también que este acto no hubiera sido ejercido a título precario, y por último, que el propietario del predio dominante no hubiera prestado su consentimiento para dicho acto. Pasaba, a veces, que el dueño del predio dominante no había ejercido por sí sólo su derecho de servidumbre por el tiempo que exigía la ley; pero si a este tiempo se agregaba el de su causante, y ambos cubrían el plazo de la ley, el no uso, por la suma de estos dos lapsos, daba lugar a la extinción de la servidumbre. Había otros casos en que la servidumbre estaba establecida para usar de ella, no de una manera continua y permanente, sino en una estación, o durante un año, o durante un mes. En estos casos, en opinión del jurisconsulto Paulo, el plazo de dos años no era bastante, exigiéndose, para la extinción del derecho, un plazo doble. Por lo demás, no era necesario que hubiera sido el propietario del predio dominante quien usando la servidumbre como representante de aquel fundo impidiera que el no uso pudiera extinguir la servidumbre: cualquier poseedor de buena o de mala fe podía ejercer la servidumbre con tal de que lo hiciese a título de un derecho que for-

maba parte del predio dominante, y no a título personal. Por otra parte, bastaba que uno cualquiera de los comuneros ejerciera la servidumbre, para que este uso aprovechara a todos los demás, [8] del propio modo que bastaba que entre los mismos condueños hubiera alguno contra quien no corriera la prescripción liberatoria de la servidumbre, para que este derecho no se extinguiera respecto de los demás condueños contra quienes sí podía invocarse el no uso. [9] Era distinto el caso cuando la división de la cosa común le ponía término a la comunidad. Entonces la servidumbre existía activamente sobre todas y cada una de las porciones separadas por la partición, y que antes constituían la unidad del fundo; [10] pero si el propietario de uno de estos lotes dejaba de usar de su derecho de servidumbre, entonces se extinguía su derecho respecto del lote de que él era representante. Por lo demás, el ejercicio de sólo una parte de la servidumbre no impedía que ésta se conservara en totalidad, y ello era perfectamente lógico, porque tal ejercicio era revelador en el titular de que no tenía la intención de renunciar ni de abandonar ese derecho. Por el contrario, sucedía a veces que el titular de la servidumbre

(8) Artículo 746, Código Civil citado.
(9) Artículo 747, Código citado.
(10) Artículo 721, Código Civil citado.

extendía los límites de su derecho a la servidumbre, pero en este caso no podía adquirir por prescripción el derecho a esa extensión, porque la ley Scribonia se oponía a ello. [11] Otro caso también ocurría en el derecho romano, y era cuando el titular de una servidumbre había usado el derecho que le daba su título en una forma distinta del que éste señalaba: la servidumbre, por ejemplo, daba derecho a tomar el agua en la fuente que existía en el predio sirviente solamente durante la mañana, y el titular de la servidumbre la tomaba de noche. En este caso no le valía el uso, por largo que fuera, para una prescripción, al menos en el derecho civil, en que no podía conservarse un derecho que no había sido ejercido. [12]

Ahora bien, en punto de servidumbres personales, no dejaba de tener sus peculiaridades el modo como debía usar de su derecho el usufructuario, por ejemplo, para que no pudiera invocarse contra él el no uso. No era, desde luego, necesario que el usufructuario ejerciera su derecho directa y personalmente: un representante suyo o un causahabiente podía hacerlo:

---

(11) El artículo 723 del Código Civil citado establece que quien tiene un derecho de servidumbre no puede usar de él sino según su título y su posesión, y sin poder hacer en ninguno de los dos predios innovación alguna que haga más onerosa la condición del predio sirviente.

(12) El Código Civil citado reproduce esta doctrina, estableciendo en el artículo 745, que el ejercicio de una servidumbre en un tiempo diferente del que determinen la posesión o el contrato, no impedirá la prescripción.

un simple poseedor precario, como pasaba con el arrendatario, podía aparecer deteniendo la cosa, porque esta tenencia no era, en el fondo, sino expresión del ejercicio del derecho del usufructuario. En el caso de una venta pasaba otro tanto, porque Gayo consideraba, y con razón, que el que se aprovechaba del precio de la venta de un usufructo era como si gozara de la cosa misma: *quia qui pretio fruitur, non nimes habere intelligitur quam qui principali re utitur fruitur.* Y no sólo en el caso de la venta de un usufructo se aplicaba esta doctrina, sino que así era cuando en vez de la venta había habido donación. La única condición que se exigía en este caso era la de que el donatario debía gozar de la cosa. En todos los demás casos, aun cuando se tratara del cuasi-contrato de gestión de negocios, la condición indispensable era que el disfrute que se hacía de la cosa no fuese hecho sino a nombre del usufructuario. Cuando esta condición no se realizaba, consideraban los romanos, con razón, que el usufructuario no usaba de su derecho, y transcurrido el lapso de ley, que el derecho se había extinguido. Había un caso, sin embargo, en que el usufructo no se extinguía por el no uso, y era cuando se lo había constituido alternativamente: *alternis annis,* que decían los romanos. Y era que entonces consideraban ellos que había tantos legados independientes

como años de goce, no pudiendo lógicamente tomarse en cuenta los años en que el usufructuario no gozaba del usufructo por la naturaleza misma del legado alternativo. La misma regla se aplicaba cuando se trataba del usufructo *in singulos dies, menses, annos.*

LA REVOCACIÓN DE LA PROPIEDAD

Era también natural que esta causa extinguiera el derecho de servidumbre, porque si una persona, sin ser dueña de una cosa, la tenía como suya, y más tarde el verdadero dueño se la reclamaba, era lógico que las servidumbres establecidas sobre la cosa, por el falso propietario, no surtieran ningún efecto respecto del verdadero dueño.

LLEGADA DEL TÉRMINO O CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

Debemos observar que los romanos consideraban que las servidumbres reales tenían un carácter de perpetuidad que excluían el término y la condición; pero este rigor fué atemperado más después por el derecho pretoriano, que acabó con esta exageración del derecho civil. Con el usufructo pasaba lo contrario, porque por su misma naturaleza, era temporal; pero más luego se extendió este carácter que le era peculiar y se admitió el usufructo *ad diem* y también *ad conditionem.* De aquí, pues, que la llegada del término previsto al ser constituído el usufructo, o la realización del hecho previsto en la condición, le pusieran térmi-

no al usufructo. De dos modos podía ser fijado el término en el usufructo: o bien se establecía que duraría hasta cierto día determinado, o bien que duraría un tiempo determinado. En este segundo caso era cuando importaba precisar la fecha en que comenzaba el usufructo. Todo dependía del modo empleado para la constitución del usufructo: la *in jure cessio,* o la adjudicación o el testamento. En los dos primeros casos, el término empezaba a computarse desde el día mismo en que se lo constituía, porque la adjudicación era, necesariamente, pura y simple, y la *in jure cessio,* excluía el término *ex quo.* Cuando el usufructo aparecía constituído en testamento podía ser puro y simple o bien condicional o a término. Las Institutas consideraron un caso muy especial: el de un usufructo constituído en favor de una persona hasta que un tercero alcanzara una edad determinada, cuando sucedía que éste moría antes de alcanzar dicha edad. Había dudas en caso tal de si el usufructo quedaba extinguido, o si debía prolongarse hasta la fecha en que de haber vivido dicho tercero hubiera alcanzado la edad prevista. Las Institutas resolvieron el caso en este último sentido. [13] Respecto de la condición, se extinguía el usufructo cuando se cumplía la condición bajo

(13) Artículo 603, Código Civil citado.

la cual había sido constituída. [14] Así, por ejemplo, cuando se dejaba de usufructuaria a una mujer hasta que le hubiera sido restituído su dote, era al ser ésto cumplido por los herederos del mismo cuando el usufructo cesaba, y si alguno de ellos habían ido restituyendo la parte que a cada uno de ellos le correspondía, el usufructo iba extinguiéndose en proporción a lo que iba restituyéndose.

El usufructo, por su parte, tenía modos de extnción que les eran propios, como pasaba, por ejemplo, con el caso de muerte del usufructuario. [15] Y era que el usufructo tenía un sello tan personal y una finalidad tan marcada en favor de la persona del usufructuario, que pudiera decirse que se constituía *intuitu personae,* como decían los romanos. De aquí que no fuera trasmisible a los herederos del beneficiario. Fué por ésto por lo que fué objeto de polémicas entre Proculeyanos y Sabinianos el caso de un legado, en el cual había dispuesto el testador que debía pasar, a la muerte del usufructuario, a los herederos de éste, y así sucesivamente. Los Proculeyanos consideraban que el legado era ineficaz, porque equivalía a un usufructo perpetuo en favor de una serie indefinida de los herederos del constituyente. Los Sabinianos, por el con-

(14) Artículo 565, Código citado.

(15) Artículo 601 ya citado, mismo Código.

trario, lo consideraban válido; pero no se atrevieron a admitir que fuera indefinido y lo limitaban a los herederos del primer grado, en quienes se extinguía, sin pasar a los sucesores de éstos. Justiniano adhirió a esta opinión sabiniana, pero a condición de que al hacerse el testamento estuvieran vivos y fueran capaces los herederos del usufructuario, y ello porque se consideraba, no que el usufructo no tuviera por su naturaleza un carácter temporal y vitalicio, sino porque se interpretaba la voluntad del *de cujus* en el sentido de haber ordenado dos legados: uno en favor del usufructuario, y otro en favor de sus herederos. El rigor del derecho civil mismo no dejaba de crear conflictos en estos casos de usufructo, y tal era lo que pasaba cuando el legado instituído en beneficio de un fideicomisario se veía extinguido por la muerte del legatario. Desde luego que la intención del *de cujus* había sido la de favorecer al fideicomisario, pensando, naturalmente, que el beneficio del usufructo se extinguiría únicamente cuando muriese aquél y no al morir el legatario encargado de trasmitir el usufructo, que era la estricta doctrina del derecho civil. Pero el derecho pretoriano reaccionó contra este rigor, y quedó establecido el principio contrario.

Este carácter vitalicio que tenía el usufructo debía, lógicamente, producir vacilaciones entre los ju-

risconsultos cuando se trataba, no ya de un usufructo constituído en favor de una persona física, sino en favor de las personas morales, por lo mismo que a éstas no podía, de antemano, fijárseles el tiempo que tiene necesariamente la vida en las personas físicas. Esto dió lugar a que el ánimo de los jurisconsultos no se inclinase a favor del usufructo constituído en beneficio de las personas morales, y que admitido al fin, se tratase de darle un término por analogía con el de la vida humana. De aquí que Gayo, tomando por el más largo término de ésta la cifra de cien años, opinase en el sentido de que tal debía ser el término de esta clase de usufructos. Ulpiano, por el contrario, tomaba un término medio de duración, y lo fijaba en treinta años. [16] Había, desde luego, un caso en que la persona moral, por cualquiera causa que fuese, dejaba de tener eixstencia jurídica, lo que equivalía a la muerte en las personas físcas, y entonces terminaba también el usufructo. Había también otro caso, que conviene precisar, y era la extinción del usufructo por causa de muerte, cuando aquel había sido establecido en favor de un *alieni juris* o concedido a un esclavo. Los jurisconsultos romanos habían establecido una diferencia en este particular, y si el usufructo había sido constituído *intervivos,* los acontecimien-

(16) Artículo 565 citado, último aparte.

tos que podían alcanzar al *alieni juris* no producían alteración en el derecho de éstos al usufructo. Pero cuando el usufructo provenía de un testamento o de un legado, era la muerte de la persona del *alieni juris* la que se tomaba en cuenta. Fundábase la diferencia para esta distinción, en que en la disposición testamentaria en favor de un *alieni juris,* lo único que había que tomar en cuenta respecto al *pater familias* era su *factio testamenti,* pues de resto el legado residía en el hijo o en el esclavo. Pero Justiniano alteró esta doctrina, resolviendo la cuestión en el sentido de que si el usufructo se le dejaba a un esclavo, se extinguiera por la muerte del dueño del esclavo, pero que dejado al hijo, se extinguiría por la muerte de éste y la de su padre, o sea por la muerte del sobreviviente. Con anterioridad a esta legislación del Bajo Imperio, el usufructo legado a un esclavo se extinguía por la enajenación del esclavo; pero Justiniano derogó esta causal de extinción, decidiendo que el usufructo adquirido por medio de un *alieni juris* no terminaba ni por la muerte de éste, ni por un cambio de estado, ni por la emancipación del hijo, ni por la venta del esclavo.

Otra de las causales de extinción del usufructo era la *capitis deminutio.* Con arreglo a las ideas que Gayo había expresado a tal respecto, la *capitis demi-*

nutio era asimilada a la muerte civil de la persona: *civili rationi capitis deminutio morti dicitur.* En el derecho clásico bastaba la *capitis deminutio* mínima para que se extinguiera el usufructo, de donde resultaba que la adrogación y la emancipación misma, la producían. Este rigor fué atemperado más tarde, y se le permitió al testador que le ordenara a su heredero que el legado de usufructo sobreviviera a la *capitis deminutio.* Entonces consideraban los romanos que el usufructo renacía, y que se renovaba, por lo que empleaban la expresión *repetitus,* como si se tratase de legados sucesivos. Es de observarse que cuando el usufructuario abusaba de su derecho, el usufructo no se extinguía, pero entonces el nudo propietario hacía efectiva la estipulación que lo garantizaba de que el usufructuario haría buen uso de la cosa dada en usufructo. [17]

Ahora bien, con respecto al cuasi-usufructo, la muerte del beneficiario fijaba la época en que, por terminarse aquél, debía restituirse al nudo propietario

(17) La ley venezolana dispone que en este caso puede cesar el usufructo; pero la autoridad judicial queda facultada para ordenar, según las circunstancias, que el usufructuario dé caución aun cuando estuviera dispensado de ello, o que se den los bienes en arrendamiento, o que se pongan en administración a expensas del usufructuario, o que su disfrute se devuelva al propietario, con obligación, por parte de éste, de pagar anualmente al usufructuario o a sus causahabientes, una cantidad determinada, por el tiempo del usufructo, (artículo 602), Código citado. La ley en este caso les da, a los acreedores del usufructuario, derecho a intervenir en el juicio para conservar sus derechos, ofrecer reparación de los daños, y dar caución para el porvenir.

un valor igual al que él había entregado al beneficiario; y lo mismo respecto de la *capitis deminutio.* Debido a la naturaleza peculiar del cuasi-usufructo se comprende, sin esfuerzo, que ni la *mutatio rei* ni el no uso, ni la revocación de la propiedad, poníanle término. La renuncia del titular del cuasi-usufructo también le ponía término a éste, del propio modo que la llegada del término estipulado, o el cumplimiento de la condición resolutoria.

Por lo que hacía al derecho de habitación, no se extinguía ni por la *capitis deminutio* ni por el no uso, no obstante la asimilación que hizo Justiniano entre esta servidumbre y la de usufructo.

Debemos decir, por último, que de las servidumbres, como derechos reales que eran, nacían dos acciones: la confesoria y la negatoria. Por virtud de la primera, el dueño del predio dominante podía intentar un juicio contra el dueño del predio sirviente para que éste conviniera en la constitución de la servidumbre y confesara la obligación que pasaba sobre su fundo, y de aquí el nombre de la acción. La negatoria se le daba, por el contrario, al dueño del predio sirviente, no para que se defendiese o excepcionase alegando que su predio no estaba gravado, sino para que tuviese el derecho de que demandara al dueño del predio que se pretendía dominante, a objeto de que

conviniera en que el pretendido predio sirviente no debía la servidumbre. [18]

La acción confesoria, como hemos explicado ya, no era sino una modificación de la reivindicatoria, diferenciándose de ésta en que se le daba al que pretendía tener la servidumbre, fuera poseedor o no. Cuando el principio de la cuasi-posesión se aplicó a la servidumbre, los interdictos bastaban para amparar el derecho de quien gozaba la servidumbre, y, de consiguiente, debió quedar muy limitado, en la práctica, el empleo de la acción confesoria que lógicamente debió ser ejercida por el titular de la servidumbre que no estaba en cuasi-posesión de la servidumbre. A esto se agregaba que había ciertas servidumbres en Roma que no estaban protegidas por las acciones interdictales, como pasaba, por ejemplo, con la llamada *tigni immittendi,* analizada en el lugar respectivo, y era claro que para ellas el empleo de la acción confesoria era de absoluta necesidad. Por lo demás, la acción en examen amparaba las servidumbres constituídas con

---

(18) El titular de la servidumbre tiene en el derecho venezolano el ejercicio tanto de la acción confesoria, como de la negatoria, conocidas en la doctrina de nuestros días con las denominaciones que le vienen del derecho romano. Ambas acciones son análogas a la reivindicatoria, y están sometidas, salvo desde el punto de vista de la prueba, a reglas semejantes. Véase Baudry-Lacantinerie et Chauveau. "Traité Théorique et pratique de Droit Civil". Tomo V.

arreglo al derecho civil, por lo cual, para las que, con anterioridad a la época de Justiniano, se habían organizado con arreglo al derecho pretoriano, existía una acción confesoria útil que era a la confesoria, propiamente, lo que la publiciana a la reivindicatoria. Por lo que hacía a la acción negatoria, se daba no sólo al propietario del pretendido fundo sirviente, según queda dicho, sino a los que estaban en *causa usucapiendi*, y también al superficiario, al enfiteuta y al acreedor prendario. No deja de ser controvertido entre los expositores, como tuvimos ya oportunidad de observarlo, que al cambiar el concepto jurídico que le servía de base a las servidumbres y llegar a ser incorporales estos derechos, debía probar el actor, cuando intentaba su acción negatoria, la inexistencia de la servidumbre: (hecho negativo de comprobación casi imposible), o si le bastaba probar su derecho de propiedad sobre la cosa, presumiéndose, hasta prueba en contrario, que la propiedad no estaba gravada con ninguna servidumbre. El punto es realmente discutido y las pruebas invocadas para sostener que bastaba solamente la prueba de la propiedad, no son concluyentes.

Además de estas acciones existían las posesorias, que se daban para los casos en que el dueño del predio dominante se veía turbado en el ejercicio de su

derecho activo de servidumbre, o cuando encontraba que este derecho le había sido arrebatado, por lo que se veía obligado a solicitar, según los casos, ya el amparo, ya la restitución. (19)

(19) En el derecho venezolano el usufructuario o el usuario que tienen una posesión basada en justo título, pueden intentar las acciones interdictales para ser mantenidos en el goce de su posesión legítima. El titular de una servidumbre legal, o adquirida por el hecho del hombre, tiene igual derecho. Véase Dominici: "Comentarios al Código Civil Venezolano". Tomo I.

NOTA.—Pueden consultarse: Gómez de la Serna, obra citada, tomo I; Arnoldo Vinnio, obra citada, tomo I; Bonfante, obra citada; Huvelin, obra citada, tomo citado; Girard, obra citada; "Lecciones de Derecho Romano", Universidad de Barcelona, obra citada, tomo I; Hottenger. "Des modes d'extintion des servitudes prédiales et personnelles".

CAPITULO IX

SUCESIONES - TESTAMENTOS

Designaban los romanos con la palabra *heres* a la persona que, a la muerte de otra, y en aplicación de lo ordenado por el derecho civil, venía a ocupar el puesto de esta última en el conjunto de las relaciones jurídicas trasmisibles que esa misma persona había contraído en vida. Sucesión, *(successio)*, era la expresión de que se valía el derecho clásico, para designar el acto que envolvía esa sustitución o continuación jurídica. Herencia, *(hereditas)*, bien que en un sentido objetivo designaba el patrimonio mismo del difunto, en un sentido subjetivo significaba el derecho de adquirir la totalidad de ese patrimonio. La legislación de Justiniano, según la sagaz observación de Bonfante, modificó estos conceptos; y para contraponer la situación del que era continuador jurídico de otro porque había adquirido una cosa determinada, aun cuando múltiple: una casa, una biblioteca, por ejemplo,

a la de aquél que adquiría un conjunto determinado de cosas, derechos y obligaciones, como pasaba en el caso del heredero, llamó sucesión universal, *(successio per universitatem)*, lo que el derecho clásico había designado, simplemente, con el nombre de sucesión. De aquí, pues, que las Institutas, al hablar de los medios de adquirir derechos de otras personas, los hubiera dividido en modos de adquirir *singulas res* y modos de adquirir *per universitatem.* Este conjunto determinado de cosas, derechos y obligaciones se designaba también con la expresión patrimonio. Primitivamente patrimonio quiso decir, como lo indica la expresión, lo que se recibía del padre. Más tarde, significó la universalidad de derechos y obligaciones de una persona. Debe advertirse que había derechos que por su naturaleza personal quedaban excluídos de la idea que apuntada queda, como pasaba con la patria potestad, con la autoridad marital, con la tutela, que no podían trasmitirse a otra persona, lo contrario de lo que pasaba con las cosas materiales, o con una obligación de pagar una cierta cantidad de dinero, por ejemplo. Los esclavos si formaban parte en Roma de esta noción del patrimonio, porque como sabemos, se los consideraba *res mancipi.* Pasaba también que ciertos derechos, por su mismo carácter personal, no estaban comprendidos o abarcados en dicha noción,

como sucedía con el usufructo, que se extinguía a la muerte del usufructuario, y con la renta vitalicia, que como su misma expresión lo indica, finalizaba al morir la persona en cuyo favor se la había constituído. Dentro del mismo orden de estas ideas, nos encontramos conque las obligaciones creadas *intuitu personae,* tampoco formaban parte de este concepto jurídico del patrimonio, como sucedía, con la obligación de pintar un cuadro, o de cincelar una estatua. Estas obligaciones, por su naturaleza, daban a entender, que se las había contratado en atención a las condiciones personales que concurrían en el obligado, y que no eran, de consiguiente, trasmisibles a un continuador jurídico. De aquí, pues, que al fallecer en Roma una persona, no entraran a formar parte de su patrimonio estos derechos de que hemos hablado, los cuales se extinguían, por su peculiar naturaleza jurídica, con aquella muerte; al paso que otros derechos que no tenían esos caracteres, persistían y si podían perpetuarse en el tiempo. La estrecha relación de derecho que existía entre las cosas que formaban la unidad patrimonial a que venimos refiriéndonos, en que en rigor, la naturaleza misma del vínculo de derecho que había creado una persona, al celebrar un contrato o contraer una obligación, hacía que los elementos activos y pasivos de ese patrimonio se unieran estrecha

e inseparablemente, trajo por consecuencia que desaparecida o extinguida la persona física que retenía ese patrimonio, pasara éste a las manos de un continuador jurídico del antiguo dueño, que seguía garantizando la efectividad de los derechos que integraban ese patrimonio. De aquí también que cuando ello no era posible, el patrimonio mismo, como universalidad jurídica, como conjunto activo y pasivo de obligaciones y derechos, fuera el que, elevado a la categoría de persona jurídica, en la herencia yacente, perpetuara en el tiempo, la indestructibilidad de la vida jurídica de esos derechos y de esas obligaciones. Esta concatenación, pues, trajo y creó la necesidad de un continuador jurídico de la persona que moría dejando un patrimonio. La ley romana alcanzó este fin de dos maneras: o bien siendo ella misma quien se encargaba de hacer la designación del heredero, que era lo que se llamaba sucesón legítima o herencia *ab-intestato,* o bien, reconociéndole al dueño del patrimonio el derecho de ser él quien designara su heredero, en un acto solemne que se llamaba testamento. [1]

Había casos, sin embargo, en el derecho antiguo, en que la sucesión universal se verificaba por un acto *inter-vivos,* como pasaba cuando se adquiría la potestad domínica, la *manus* o la patria potestad, en

---

(1) Artículo 798, Código Civil citado.

cuyos casos la adquisición de estos poderes llevaba consigo la del patrimonio de la persona que sufría la *capitis deminutio.* Era tal el caso del que siendo libre se hacía pasar fraudulentamente por esclavo de otro para repartirse el precio de la venta con su cómplice; o con el liberto a quien le era revocado su estatuto de hombre libre por haber sido ingrato con su patrono; o con la mujer libre que desoía las admoniciones que se le hacían para que cortara sus relaciones ilícitas con un esclavo: tal era también lo que pasaba en el caso de la abrogación, y lo mismo cuando la mujer quedaba *in manu mariti.* Bajo Justiniano estos casos de sucesión universal *inter-vivos* quedan reducidos, pudiera decirse, al caso de la máxima disminución de cabeza, cuando se caía en esclavitud, pues ya la *manus* había caído en desuetud, y la arrogación había sufrido las influencias de la transformación poderosa que había sufrido la familia romana, principal y señaladamente, desde el punto de vista patrimonial. Ahora bien, fuera de estos casos de sucesión universal, *inter-vivos,* el derecho romano se ocupó en organizar la sucesión universal por causa de muerte; pero del propio modo que en el derecho contemporáneo el heredero ha venido a ser un mero y directo sucesor patrimonial, como lo observa el mismo Bonfante, en el derecho romano, según la profunda obser-

vación de este mismo expositor, la sucesión universal, por causa de muerte, dependía de la previa adquisición de un estado o de un título personal, que era el título de heredero, verdadera condición subjetiva o de capacidad para la adquisición universal del patrimonio del *de cujus.* La continuación jurídica de la persona que moría en la de su heredero, no fué en los primeros tiempos del derecho romano una institución que tenía por finalidad un traspaso de derechos patrimoniales de la una a la otra, sino que, por el contrario, ésto venía a estar en segundo plano desde el momento en que lo principal no era sino un traspaso de la unidad de poderes que envolvía el ser jefe de familia en Roma, a cuyo efecto el traspaso de los derechos patrimoniales no venía a ser sino una simple y sencilla consecuencia de la primera, pero sin carácter principal de ningún género. Cuando la organización de la familia romana pierde esta unidad de poderes, tan característica de los primeros tiempos, cambia el concepto jurídico apuntado, y se explica que la sucesión en los bienes haya podido llegar a ser lo principal, y no el título de heredero.

Hemos sentado que la sucesión podía ser testamentaria o *ab-intestato* para el caso en que el *de cujus* no hubiera elegido la persona que debía ser su continuador jurídico. Debemos sentar antes de seguir ade-

lante, que el derecho de testar que es, según el concepto doctrinario de nuestros días, inherente al derecho de propiedad, no tuvo en el derecho primitivo de Roma ese carácter: la testamentifacción era como una delegación del Estado en favor del individuo, y de aquí que, para hacer allí un testamento, no fuera bastante ser dueño del patrimonio que se quería trasmitir, sino que se requería que la ley le confiriese al testador la capacidad de testar: por eso se dice que en Roma aquella facultad era de derecho público. La cuestión de saber si la herencia testamentaria precedió o no a la herencia *ad-intestato,* es bastante controvertida: la hipótesis que admite la precedencia, en el orden histórico, de la última respecto de la primera, es quizás la más fundada, por ser el testamento, en el fondo, el exponente de una evolución jurídica que no puede admitirse en los organismos sociales incipientes.

La expresión testamento, es equivalente, a atestación de voluntad, porque venía de *testatio-mentis.* Ulpiano lo definía así: *mentis nostrae justa contestatio in ad sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* Y Modestino decía: *testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit,* definición esta que difiere poco de la anterior y equivale a ella en el fondo. Algunos expositores critican ambas definiciones por considerar-

las insostenibles después de la validez de los codicilos en la época en que fueron admitidos, pero en el fondo esas definiciones revelan dos elementos que fueron fundamentales en la institución del testamento en el derecho romano, y que han seguido siéndolo en nuestros días, excepción hecha de lo que se llama testamento ológrafo en el derecho contemporáneo. Los elementos característicos de aquel acto pueden colegirse de las definiciones que quedan copiadas, porque el testador debía expresar su firme y clara voluntad de hacer un testamento, y no otro acto que pudiera parecérsele, y debía expresar esa voluntad con las solemnidades que la ley requería, de modo que sin esas formalidades el acto se tenía por no hecho y carecía de eficacia legal. A través de las edades, y salva la excepción arriba apuntada, el testamento ha seguido conteniendo en su fondo esos dos elementos sustanciales: condiciones de forma para su validez, so pena de la nulidad del acto, y expresión clara de ser la última voluntad del *de cujus*. Pero es preciso convenir, desde el punto de vista del derecho romano, en que tanto la definición de Ulpiano como la de Modestino, su discípulo, hicieron omisión de un elemento que era característico y sustancial en el testamento romano, cual era la institución de heredero, como lo veremos en su lugar.

En los tiempos primitivos el testamento era una ley que el testador proponía a los Comicios convocados: *in comitiis calatis,* que allí decían. Era éste el testamento de los tiempos de paz, porque había otro que se otorgaba ante los mismos Comicios armados en guerra: *in procinctu,* que decían ellos. Intervenían los Pontífices en el testamento *calatis comitiis,* porque cuando el *pater familias* hacía su testamento, encargaba al heredero del culto de sus lares, que constituía un acto religioso. Hemos dicho, además, que la capacidad de testar era de derecho público en Roma y como en el testamento se trasmitían poderes al heredero que interesaban a la organización del Estado, se comprende el que el pueblo interviniera por medio de su órgano legal, que eran los Comicios. Y era que la misma agrupación económica que representaba la familia en Roma, expresión a la vez de la unidad y de la fuerza de que era reflejo la organización económica, política y social del Estado, justificaban a la luz de aquel derecho de los primeros tiempos, el que fuera una Ley la que autorizara y sancionara la elección del nuevo jefe de familia que creaba el testamento. El testamento *in procinctu,* que como hemos dicho, se hacía en presencia de los mismos Comicios, o sea, de ese mismo pueblo, ya armado y en són de guerra, era el testamento de los militares en campaña de los pri-

mitivos tiempos de los romanos, que más después dejó de ser la ley que se dictaba ante el pueblo romano en campaña para separarse de los testamentos llamados ordinarios y entrar en la categoría de los llamados especiales. Estos testamentos, de que hemos hablado, tenían el inconveniente de que los Comicios no se reunían en Roma sino en dos ocasiones cada año, y en que aristocráticos o privilegiados como eran, privaban a los plebeyos de poder darse un continuador jurídico por esta vía. De aquí que se acudiese a un medio que permitiera tanto a los patricios como a los plebeyos disponer de sus bienes por testamento, y de aquí el que se conoce en la historia del derecho romano con el nombre de testamento *per aes et libram.* Dentro del derecho romano primitivo, como lo hemos visto tántas veces, nos encontramos a cada paso con las formas exteriores más representativas y más simbólicas de los actos que se quería ejecutar, que hacía que se revistiera a éstos de una serie de formalidades materiales que degeneraban a veces en verdaderas pantomimas. En la *mancipatio,* por ejemplo, debían cumplirse todas las formalidades de un verdadero rito, sin las cuales el acto carecía de eficacia jurídica. Estas mismas fórmulas de la *mancipatio* eran las que se debían cumplir en el testamento a que acabamos de referirnos. Y era que en realidad se fingía en esta clase

de testamento la venta del patrimonio del *de cujus*, fingiendo el heredero, a su vez, ser el comprador de este patrimonio. Intervenían el *libripens*, sosteniendo una balanza, y cinco testigos que representaban las cinco clases en que Servio Tulio había dividido el pueblo romano. Con la moneda simbólica de que hablamos, cuando estudiamos la *mancipatio* como uno de los medios de trasmitir el dominio en Roma, tocaba el heredero la balanza, tal como lo hacía el comprador en la venta, y la entregaba al testador como si éste hubiera sido propiamente el vendedor a quien se entregaba el símbolo del precio. El testamento, por este medio revestía la forma y el carácter de un contrato, y así se lo practicó por largo espacio de tiempo con anterioridad a la época en que fueron promulgadas las XII Tablas. Cuando este célebre Código entró en vigencia, quedaron sentadas las bases para una reforma trascendental, porque él reconoció explícitamente que lo que el padre de familia dispusiese acerca de su herencia debía tenerse por ley: *pater familias uti legassit super pecunia tutelare suae rei, ita jus esto.* La publicidad del testamento *per aes et libram*, en que el testador se veía obligado a revelar de antemano el nombre del heredero, lo que podía quizás no convenirle, hizo que en vez de que interviniera en la *mancipatio* el heredero mismo, fuese un tercero, extraño

al heredero y designado por los romanos con el nombre de *familiae emptor,* el que figurara en la *mancipatio* de la herencia, haciéndose la designación y el nombramiento del verdadero heredero en unas tablas secretas que el testador revestía con una fórmula imperativa, para que los ciudadanos romanos que intervenían en el acto diesen fiel testimonio de que ellas contenían la expresión de su última voluntad. A la *mancipatio,* pues, de que se ha hablado en el testamento *per aes et libram,* se agregó esta otra forma de la *nuncupatio,* que fué como se la denominó. Era la *nuncupatio,* del heredero una formalidad que el testador debía cumplir, revistiéndola de una fórmula sacramental, porque tomando en sus manos las tablas del testamento debía pronunciar estas palabras: *Haec ita uti in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.*

Ahora bien, el derecho honorario dió un paso más adelantado, porque corrigiendo el rigorismo del derecho civil, hizo que la voluntad del *de cujus,* como elemento de fondo en el testamento, fuera mejor tenida en cuenta, aun cuando no apareciese revestida de la fórmula exterior de la *mancipatio.* De aquí que cuando el testador, en presencia sólo de testigos, había manifestado su voluntad de testar y designado la perso-

na del heredero, tal testamento, aun cuando nulo a la luz del derecho civil, era válido a la luz del derecho honorario. El Edicto del Pretor concedía, en este caso, lo que se llamaba la *bonorum possessio secundum tabulas,* disponiendo, a la vez, que aquella voluntad debía aparecer manifestada ante siete testigos, quienes debían poner sus sellos en el testamento escrito. Dos reformas radicales introdujo, pues, el derecho pretoriano en el testamento: la eliminación del *librepens* y del *emptor familiae,* exigiendo en su lugar dos testigos más para el testamento, y luego, la eliminación también, del carácter contractual que le daba la *mancipatio,* dejándole al testamento el sello de un simple acto que contenía la última voluntad del *de cujus.*

Las Constituciones Imperiales, más tarde, introdujeron una formalidad más en el testamento, exigiendo la firma de los testigos que intervenían en él; y de aquí resultó el testamento tripartito, porque reproducía las tres etapas que había recorrido hasta entonces la institución. Esta evolución la completó el derecho del Bajo Imperio, disponiendo Justiniano que el nombre del heredero lo escribiera el testador de su mano, o que lo hiciera a su ruego uno de los testigos que el testador mismo escogía. Esta disposición, que obedeció a la necesidad de evitar fraudes, fué derogada más tarde por el mismo Emperador en

una de sus Novelas. Precisando, pues, todavía más esta situación del testamento en el derecho bizantino, podríamos decir que las formas del testamento público del antiguo derecho quedaron reemplazadas por las de los testamentos llamados privados, o sea, por el testamento tripartito.

Hemos visto que en el testamento *per aes et libram* a las formalidades de la *mancipatio* se unían las de la *nuncupatio.* Era ésta la manifestación oral o escrita de que se valía el testador para instituir a su heredero. En los testamentos del Bajo Imperio, a que venimos refiriéndonos, es esta *nuncupatio* la que priva, y de aquí el nombre de testamento nuncupativo dada a esta forma de última voluntad, en que lo que predominaba, característicamente, era la declaración oral del testador ante siete testigos que ponían sus sellos, y sin que hubiera, por parte del testador, ninguna mancipación.

El testamento tripartito, cuya creación remonta a la época de Teodosio II y Valentiniano III, era un testamento escrito que el testador presentaba a los testigos para que éstos pusieran en él, no sólo sus sellos, sino también sus firmas: testamento éste que bien podía ser abierto o cerrado. Tripartito—como hemos visto—se lo llamaba porque del anterior del derecho civil tenía la intervención de los testigos y la unidad

de contexto, *(uno contexto)* o unidad del acto, que dicen también los autores, la cual, a la presencia simultánea del testador y de los testigos, agregaba el requisito de que el acto se concluyera el mismo día que se lo había comenzado, sin interrupción, ni interpolación, principalmente, de ningún otro acto jurídico: del derecho pretoriano tenía la intervención de los siete testigos; y de las Constituciones Imperiales, la suscripción del testamento por los mismos testigos. [2]

Debemos también hacer notar que la unidad del acto, a que acabamos de referirnos, no quería decir que el otorgamiento del testamento no fuera algunas

---

(2) Según la legislación venezolana, (artículos 837 y siguientes del Código citado), el testamento ordinario es abierto o cerrado. Al primero lo llama también la ley nuncupativo, porque el testador, al otorgarlo, manifiesta su ultima voluntad en presencia del Registrador y de tres testigos que sepan leer y escribir, o ante cinco testigos cuando no concurre el citado funcionario. En esta clase de testamento, y de aquí el citado nombre con que se lo designa, el testador expone, oralmente, su última voluntad, que el Registrador reduce a escrito, y que luego por sí, o por medio de uno de los testigos, hace leer en alta voz para que el testador y los demás testigos la oigan. El testador debe firmar este testamento, si supiere y pudiere hacerlo, expresándose, en el caso contrario, la causa o motivo porque no lo haya firmado, y suscribiéndolo a su ruego la persona que él designe en el acto, que debe ser distinta de los testigos instrumentales. Permítesele también al testador, cuando no quiere expresar oralmente sus últimas voluntades, que las presente ya redactadas. Cuando el testamento es cerrado, el Registrador, sin enterarse de su contenido, cierra y sella la cubierta que lo contiene, de manera que el testamento no puede ser extraído sin ruptura o alteración del pliego, y levanta un acta sobre dicha carátula dando fe de que el testador, al hacer la entrega del testamento ante él y los cinco testigos que deben intervenir en el acto, declaró que aquél era su testamento, que su cubierta fué cerrada y sellada ante él y los mismos testigos, que el testador expresó si el testamento estaba o no escrito y firmado por él, y si no lo firmó, porque no pudo, que también lo hizo constar. Cuando el testador no pueda firmar esta acta, el Registrador debe también hacerlo constar, y a ruego del testador debe firmar la persona que él designe, que debe ser distinta de los testigos instrumentales.

veces interrumpido por sobrevenirle al testador o alguno de los testigos algún accidente natural y pasajero que trajera aquella interrupción. La regla, aun cuando reproducida en el testamento del derecho civil, traía su origen de más atrás, pues cuando el testamento era una ley que se les proponía a los comicios, era también indispensable la unidad del acto, que no podía ser interrumpido así fuese porque no fueran favorables los augurios, o porque interviniera algún Tribuno de la plebe, o por cualquier otra causa. (3)

Pasando ahora a las condiciones que debían reunir los testigos que intervenían en estos testamentos, debemos decir, en primer término, que debían ser *rogati*, como decían los romanos, con lo cual querían significar que hubieran sido especialmente convocados para el otorgamiento. Más tarde este rigor fué atemperado, y se exigió, solamente, que aun cuando hubieran sido convocados para otro acto, se les hiciera conocer, antes del otorgamiento del testamento, que iban a desempeñar en éste el papel de testigos. Por otra parte, no bastaba que los testigos estuvieran presentes, si no habían visto al testador: se les pedía que pudieran dar fe de este hecho, con lo cual se evitaban los fraudes. Pero no todas las personas podían inter-

(3) Esta unidad de contexto está exigida en Venezuela por la ley especial de Registro Público.

venir como testigos en os testamentos: aquéllas debían ser hábiles, y para serlo debían estar exentos de las incapacidades que la ley misma se encargaba de establecer. Entre estas incapacidades las había de un carácter general y absoluto, y otras puramente relativas. La ley decía que sólo podían ser empleados como testigos aquellos que tenían testamentifacción, pero que ni la mujer, ni el que no había llegado a la pubertad, ni el esclavo, ni el mudo, ni el sordo, ni el furioso, ni aquel a quien se le había quitado la administración de sus bienes, ni los que eran declarados infames e indignos de testar, podían intervenir como testigos en el otorgamiento. Como se ve, en primer lugar, las mujeres no podían ser testigos, lo cual no sólo se explicaba por el concepto de inferioridad en que se las tenía para que intervinieran en un acto trascendental en que podía tener fatales consecuencias la inexperiencia que se les atribuía, sino porque empleándose en el testamento las formalidades de la mancipación se requería para ésta que los testigos fueran varones. Respecto de las incapacidades del mudo, del sordo y del furioso, se explicaban por sí mismas, al emplearse las formalidades del testamento *per aes et libram*, en que no le hubiera sido posible al primero explicar lo que había visto y oído, ni al segundo dar fe de que las palabras sacramentales habían sido pronunciadas, ni al tercero

tener conciencia del acto que había presenciado. Respecto del que estaba privado de la administración de sus propios bienes, por causa de prodigalidad, porque carecía del *commercium*, que era indispensable a los que intervenían en la mancipación; y de los que eran intestables, porque habían sido condenados por calumniadores, o por concusionarios, o por adulterio, o por apostasía, o por herejía en la legislación de los Príncipes Cristianos, y comoquiera que esas condenatorias acarreaban una nota de infamia sobre el individuo, producían, de consiguiente, una verdadera interdicción civil, restándole al testamento elementos de autenticidad de haber sido admitidas como testigos tales personas. Podía suceder también que un esclavo, que desde luego carecía de capacidad para ser testigo en un testamento, hubiera sin embargo figurado como tal, porque cuando se verificó el otorgamiento al esclavo se lo reputaba libre, y por esto había intervenido. En este caso, un Rescripto de Adriano, y más tarde otro de los Emperadores Severo y Antonino, dispusieron que el testamento valiera, no obstante la incapacidad del testigo, doctrina ésta que fué extensiva a los casos análogos de errores de hecho disculpables, que decía la doctrina, por haber considerado todo el mundo, de buena fe, que en el testigo no concurría ninguna incapacidad: la ley romana se valía de esta expresión: *omnium consensu.*

Pasando ahora a las incapacidades relativas, debemos observar que la ley prohibía que pudieran servir de testigos en este caso del testamento los que se hallaban bajo la potestad del testador. Era lógica esta doctrina en el derecho romano, porque formando esos *alieni juris* una sola persona con el testador por ser considerados como copropietarios del patrimonio paterno, era como si hubieran dado fe de un acto que ellos mismos hubieran ejecutado. Esto por una parte; por la otra, tratándose de agnados del testador que podían ser instituídos como herederos o desheredados, no era prudente que intervinieran como testigos en el primer caso, porque tenían interés en sostener un testamento que los favorecía, y este interés podía falsear su testimonio, no sólo respecto de la capacidad del otorgante, sino de cualquier otro elemento que pudiera influir sobre la eficacia legal del otorgamiento; y no era razonable tampoco que intervinieran como testigos en el segundo caso, o sea, cuando eran desheredados, por lo mismo que se trataba de un acto que los perjudicaba. Cuando era el hijo de familia quien disponía en testamento de su peculio castrense, ni su padre ni las demás personas sometidas a la potestad de éste podían servir de testigos. Por lo demás, ni el heredero instituído en las tablas del testamento, ni las personas a él unidas por un vínculo de potestad, podían ser válidamente testigos, según la legislación de

Justiniano, porque en realidad dicho heredero venía a estar en la misma situación del *familiae emptor* a quien se le prohibía otro tanto. Los legatarios y los fideicomisarios si podían ser testigos, porque la citada legislación no los consideraba como sucesores del *de cujus,* como tampoco a las demás demás personas a ellos unidas. Desde luego que la referida facultad sólo alcanzaba a los que no eran fideicomisarios universales, que si estaban en el caso de continuadores jurídicos del testador. Esta excepción que traía el derecho romano cuando se trataba de legatarios, tenía su explicación en que era allí la costumbre el dejar legados a los amigos cuya imparcialidad no se veía porque podía resultar comprometida en un acto que con tánta naturalidad y tan frecuentemente se hacía. Por otra parte se consideraba, que de no permitirle al testador que se sirviese de sus amigos como testigos, era exponerlo a que solicitase a éstos entre personas que no le mereciesen tánta confianza como aquéllos, sus amigos, en quienes por haber descubierto, precisamente, prendas de honorabilidad, les confiaba sus últimas voluntades, dejándoles, por otra parte, una prueba material del aprecio que en vida había hecho de sus mismas prendas. (4)

(4) El artículo 851 del Código Civil citado, dispone que los testigos en los testamentos deban ser varones, mayores de edad, vecinos del lugar donde se otorga el testamento, y saber leer y escribir. Dispone, igualmente, dicho artículo, que no pueden servir

Diremos, por último, que el testamento podía ser escrito en tablas, en papel, en pergamino, o en cualquiera otra materia, y que un mismo testamento podía ser otorgado en diversos códigos, con tal de que en cada uno de ellos se cumpliese con las formalidades de ley. Evitaba con ésto el testador el que pudiera extraviarse el único ejemplar que existiera de sus últimas voluntades; pero debemos advertir que una simple copia del testamento no tenía la misma eficacia que uno cualquiera de los códigos o ejemplares a que hemos aludido, por lo cual hemos hecho notar que cada uno de ellos debía ser otorgado con todas las formalidades que requería la ley. No era necesario que el testador acudiese a un escrito para dejar constancia de su últma voluntad: podía hacerlo verbalmente ante siete testigos, y este testamento nuncupativo tenía tánta fuerza legal como el que había sido hecho por medio de la escritura.

---

de testigos los ciegos y los totalmente sordos o mudos; los que no entienden el idioma castellano; los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Registrador que autoriza el acto; los herederos y legatarios instituídos en el testamento y los parientes de los mismos dentro de los grados expresados, respecto de los testamentos abiertos; ni en fin el que tuviere algún impedimento general para declarar en todo juicio. Estos impedimentos están analizados en los artículos 343 a 346 del Código de Procedimiento Civil. Por el primero de dichos artículos, están excluídos el menor de quince años, los entredichos por causa de demencia y los que hacen profesión de testificar en juicio. Los demás artículos conciernen al examen de las causas que pueden influir sobre el testigo para hacer flaquear su imparcialidad, como pasa, entre otras, con la amistad o enemistad, con el parentesco y con el interés material o moral en las resultas de un juicio, y así otras causas más.

CAPITULO X

SUCESIONES - TESTAMENTOS (Continuación)

Al lado de estos testamentos privados que se analizaron en el Capítulo anterior, había otros que se los llamaba públicos, porque la declaración del testador la recibía alguna autoridad judicial o municipal: *testamentum actis magistratus insinuatum*, dándose el caso de que, a veces, la misión de estos Magistrados se reducía a la conservación y custodia del testamento. Esta misma forma de testamentos públicos se hacía también por medio de su presentación al Príncipe, en cuyo caso se los llamaba *testamentum principi oblatum.* El Emperador, en este caso, hacía leer el testamento en el *Consilium Principis,* y ordenaba luego su archivo.

Todas éstas eran formas ordinarias de testar en las que había que cumplir, estrictamente, las formalidades prescritas por el derecho para asegurar su autenticidad y su fuerza. Pero había casos en que una

circunstancia especial hacía imposible cumplir con tales requisitos, o en que hubieran resultado incompletas las ordinarias, y de aquí los testamentos llamados especiales en el derecho romano, o formas anormales del testamento. Tal sucedía con el testamento militar, con el del ciego, con el testamento que se hacía en el campo, con el que se otorgaba en tiempos de peste, y con el testamento de los ascendientes. El criterio del legislador romano, en esta clase de testamentos, fué aumentar, en ciertos casos, el rigor de las formalidades para evitar todo fraude, como pasaba, por ejemplo, con el testamento que podía otorgar un ciego; o atemperar el rigor de las formalidades necesarias, cuando las circunstancias lo impusiesen, como pasaba con el testamento de los militares y con los que se otorgaban en época de peste. [1] Hemos visto, por ejemplo,

(1) El Código Civil citado contiene también una sección que trata de las formalidades que deben llenarse en los testamentos especiales, que son los que se otorgan en los lugares donde reina una epidemia grave y se reputa contagiosa; los que se hacen durante una travesía marítima; y los que hacen los militares durante una expedición militar por causa de guerra, así en país extranjero como en el interior de la República, o en cuartel o guarnición fuera de la República, o prisioneros en poder del enemigo, o en una plaza o fortaleza sitiada por el enemigo, o en otros lugares en que las comunicaciones estén interceptadas. Estos testamentos están exentos de las formalidades que deben, necesariamente, cumplirse en los casos de los testamentos ordinarios, y así, por ejemplo, el de los militares puede ser recibido por un Jefe de batallón o cualquier otro oficial de grado igual o superior a un Auditor de guerra, o un Comisario de guerra, en presencia de dos testigos varones y mayores de edad. El Capitán o cualquiera otro oficial subalterno, que tenga el mando del destacamento, puede recibir dicho testamento, y cuando el testador se halla enfermo o herido, el Capellán o el Médico Cirujano de servicio, en presencia del referido número de testigos, también son aptos, legalmente, para el mismo objeto. Respecto del testamento que se hace en los lugares donde reine una

que cuando el testador, en el caso ordinario, no firmaba el testamento, podía, a su ruego, firmarlo por él otro testigo, distinto de los siete testigos instrumentales que intervenían en el acto. En el caso del ciego, se consideraba que esta formalidad no era suficiente, y se exigía que quien firmase por él fuera el *tabularius* de la ciudad, que tenía carácter de oficial público, como Secretario que era de la Curia. Se requería, además, que el testamento fuese abierto. En el caso del testamento que otorgaba el sordo-mudo, también se exigía más rigor que en los ordinarios, y una Constitución de Justiniano exigió que su otorgante debía escribirlo

---

epidemia que tenga los caracteres apuntados de grave y contagiosa, basta, sólo dos testigos que acompañen el Registrador o a la Primera Autoridad judicial o de la Parroquia o Municipio del lugar donde se otorgue el testamento. En cuanto a los que se hacen durante una travesía marítima, se otorgan ante el Comandante del buque o del que haga sus veces, si se trata de buques de la marina de guerra, o en presencia del Capitán o Patrón, o de quien haga sus veces en los buques mercantes. (Artículos 852 y siguientes, Código citado).

No contempla la ley venezolana, entre estos testamentos especiales, a los que pueden llegar a otorgar: el que sepa leer, pero no escribir, o por quienes no sepan o no puedan leer, o por el sordo-mudo y el mudo, o por el absolutamente sordo o por un testador que no hablare ni entendiere el idioma castellano. Pero desde luego que todas las providencias del caso están tomadas a fin de que no haya dudas respecto de contener dichos testamentos la expresión de voluntad de sus otorgantes: (artículos 847, 848 y 849, Código citado). Así, por ejemplo, el que no sepa, o no pueda leer, no podrá hacer testamento cerrado; y el sordo-mudo y el mudo deben saber y poder escribir para otorgarlo, y el que sea absolutamente sordo y quiera hacer testamento abierto, debe cumplir expresamente con la formalidad de leer el acta testamentaria, de lo que debe quedar constancia en dicha acta. Cuando el testador no sabe o no puede leer, se necesitan dos testigos más de los requeridos en el caso ordinario del testamento abierto, y el testador debe expresar su voluntad ante ellos de palabra. Cuando el testador, por último, no hablare ni entendiere el idioma castellano, deberá ser asistido en todo caso por un intérprete que él mismo elegirá y que deberá tambien firmar el acta. (Artículo 850, Código citado).

íntegramente de su puño y letra. En otros casos, como se ha observado, más bien se atemperaba el rigor de las formalidades ordinarias: tal era el caso de los testamentos que se hacían en el campo, donde no era tan fácil encontrar, como si lo era en las ciudades, el número de testigos que exigía la ley. En aquella clase de testamentos, con cinco testigos era suficiente. Para el testamento en caso de peste sucedía otro tanto, y se llegó hasta prescindir del requisito de la unidad del acto, por donde resultaba que el testador podía ir leyendo el testamento a los testigos que debían intervenir en él, a medida que estos testigos fueran presentándose. Con el testamento que hacían los ascendientes fué todavía más amplio el espíritu de la ley romana, sobre todo en los tiempos antiguos. En efecto, aun cuando el ascendiente no hubiese revestido su última voluntad con las formalidades legales del testamento ordinario, esa última voluntad del padre, irregularmente expresada, tenía toda la fuerza de un testamento. En la época de Justiniano no fué tan ilimitado el criterio de la ley en este punto, y se exigió, que al menos, la institución del heredero la escribiese el padre, que el escrito tuviese fecha, y que el testamento se refiriese sólo a los hijos del testador, y no a los extraños. Pero entre todos estos testamentos especiales, el que es más digno de mencionarse y ser estudiado es el de los militares.

Hemos visto que en el derecho primitivo de Roma el ciudadano romano, cuando estaba en guerra, otorgaba su testamento *in procinctu,* es decir, ante los Comicios armados. A partir de esta época, comprendióse cada vez más la necesidad de que se prescindiera de las formaldades ordinarias para esta clase de testamentos; y bajo el derecho imperial, principalmente, en la época que abarca desde César hasta Domiciano, y de este Emperador hasta Trajano, una serie de disposiciones, más o menos transitorias, rigieron a estos testamentos, permitiendo que se los hiciera sin sujetarlos a las reglas ordinarias de los testamentos del derecho civil, hasta que en la época del último Emperador citado, adquirieron carácter permanente esas disposiciones. En virtud de las instrucciones que Trajano comunicó a los Gobernadores de Provincia por medio de un *Mandata,* el soldado podía manifestar su última voluntad, del modo como quisiese: bastaba que con su sangre la hubiese escrito en su escudo o que con la punta de su espada hubiera trazado su última voluntad sobre la arena. Cuando la expresaba ante testigos, bastaba que éstos fueran dos. Ahora bien, cuando el soldado moría en el combate o por resultas de la campaña, todo se reducía a que sus herederos hiciesen la prueba de cuál había sido su última voluntad. Si el soldado regresaba con vida a Roma,

tenía un año aún de validez el testamento que había hecho en campaña, con tal de que no se lo hubiese dado de baja por alguna acción indigna, *(missio honesta)*, que decían los romanos. [2] El soldado, a quien se le admitía esta clase de testamentos, debía formar parte de una expedición militar, es decir, debía estar en campaña, aun cuando no estuviera combatiendo: bastaba que estuviese movilizado, lo que equivalía a decir que estuviera dispuesto a batirse. Si estaba de guarnición en las ciudades, cesaban los motivos que había para esta manera especial de testar, por lo menos en la época del Emperador Justiniano, y no se le admitía esta clase de testamento. Debemos agregar ahora que los civiles que acompañaban el ejército para auxiliar a los soldados, proveyéndolos, por ejemplo, de víveres, gozaban también de esta libertad de

(2) El artículo 866 del Código citado establece que el testamento de los militares caducará dos meses después de la llegada del testador a un lugar donde pueda hacer testamento en la forma ordinaria. La misma regla rige después de los testamentos hechos en tiempos de epidemia, en cuyo caso el referido lapso se contará a partir de la época en que la epidemia haya dejado de reinar. Respecto de los testamentos hechos en el mar, cuando el buque arribe a algún puerto donde exista Agente Diplomático o Consular de la República, deberá entregárseles uno de los ejemplares del testamento y una copia de la nota puesta en el "diario y en el rol de la tripulación"; y al volver el buque a cualquier puerto de la República, se le entregará a la Primera Autoridad local, marítima o civil, los dos ejemplares del testamento o el que quede, si ya uno ha sido entregado en el viaje, junto con una copia de las notas indicadas. Los Agentes Diplomáticos o Consulares, y las Autoridades locales de que se ha hecho mención, levantarán una acta de la entrega, y remitirán todo al Ministro de Guerra y Marina, quien ordenará el depósito de uno de los originales en su archivo, y remitirá el otro a la Oficina de Registro del lugar del domicilio o de la última residencia del testador. Si sólo hubiere recibido un ejemplar, lo remitirá a la citada Oficina de Registro, dejando copia certificada.

testar que tenía el soldado romano, en atención a que esas personas corrían a veces casi los mismos peligros que aquél, y se encontraban rodeadas de las mismas circunstancias. Sin embargo, había una diferencia, y era, que el testamento de esas personas civiles dejaba de surtir sus efectos al separarse ellas del ejército, al modo que en el caso del testamento de un militar, seguía éste valiendo por un año más después del regreso del soldado, como lo hemos notado. En estos privilegios del testamento de los militares, que tenían su fuente y su justificación en la naturaleza misma de la profesión de aquéllos, pasó que llegaron a convertirse en resortes que servían para atraer a una clase de la que tánto se necesitaba en Roma, y así nació el derecho, concedido al hijo, de disponer de su peculio *castrense,* que era de origen militar, sin la voluntad del *pater familias.* Para los demás ciudadanos había cortapisas, en cuanto a la libertad testamentaria, cuando se trataba, por ejemplo, de instituir a un deportado, o a un extranjero, o a un latino juniano, al paso que los militares podían instituir por herederas a estas personas. A más todavía se llegó en este terreno de privilegios; y se le concedió al soldado el derecho de desheredar a sus hijos, sin necesidad de nombrarlos, lo cual estaba en abierta oposición con los principios que hasta entonces, inflexiblemente, habían regido sobre el particular en Roma.

No todas las personas tenían allí el derecho de hacer un testamento; requeríase para ello tener la capacidad jurídica que allí llamaban testamentifacción. Esta la daba, en primer término, la condición de ciudadanía romana, que era primordial en los primeros tiempos del derecho romano, en que el testamento tenía la forma y el carácter de una Ley que se sometía a los Comicios: más tarde valía, al menos, tener lo que se denominaba *commercium mortis causa.* De modo que los esclavos, y los latinos junianos, los peregrinos y los que habían sufrido la *capitis deminutio* máxima o media, no tenían testamentifacción. Requeríase también ser *pater familias,* en la acepción que estas palabras tenían en el drecho romano; de donde podemos deducir que quien no era libre, ni ciudadano, ni *sui juris,* no podía testar. Estas causas de incapacidad fueron luego modificadas por razón de los peculios castrense y cuasi castrense, los cuales, desintegrados de la unidad patrimonial de los primeros tiempos, lógicamente debían conducir a que de ellos pudieran disponer los hijos de familia en la forma legal del testamento. Pero si el hijo de familia carecía de peculio castrense o cuasi castrense, entonces no podía testar: podía solamente hacer donaciones por causa de muerte, para cuya validez se exigía que el padre hubiera prestado su consentimiento, lo cual equivalía a que el pa-

dre autorizara al hijo para hacer una enajenación, que, en los primeros tiempos en que la capacidad del tutor era de derecho público, facilitaba el derecho de disponer de los bienes por medio de una institución para la cual se requería una capacidad de derecho civil. El impúbero, pues, no tenía en Roma el derecho de testar. [3] Lógicamente estableció el derecho romano una diferencia capital entre la capacidad especial que debía tener el que hacía un testamento, y la plena capacidad para los demás actos de la vida civil, que el mismo impúbero podía obtener con la *auctoritas* del tutor: se quería que la elección del heredero fuese un acto que emanara de la libre voluntad del testador, y no de la de su tutor, en el caso del impúbero. Desde luego que los locos, [4] a quienes su enfermedad los privaba de la razón, no podían hacer un testamento válido, aun cuando murieran después de haber recobrado la razón: para que el testamento se considerara válido era preciso que hubiera sido hecho en un intervalo lúcido. Pasaba otro tanto con el testamento que hacía el pródigo después de habérsele privado de la libre administración de sus bienes. La capacidad

(3) El Código Civil citado exige que se hayan cumplido 16 años para poder testar, a menos que se sea viudo, casado o divorciado: (artículo 826).

(4) Los entredichos por defectos intelectual y los que no estén en su juicio al hacer el testamento, son incapaces de testar, de manera que en el primer caso no bastaría probar que el testamento ha sido hecho en un intervalo lúcido: (mismo artículo citado).

del testador, desde luego, debía existir sólo en el momento de hacer el testamento: por ésto era válido el testamento que había otorgado la persona a quien, más tarde, una enfermedad privaba del uso de la razón, o el que más tarde venía a ser entredicho por pródigo, o el que quedaba sordo o mudo después de haber hecho un testamento ordinario, porque no tenían ninguna incapacidad cuando lo otorgaban. [5] Por aplicación del mismo principio, de que era en el momento de hacer el testamento cuando se apreciaba la capacidad del testador, el testamento que hacía el cautivo, durante el cautiverio, se consideraba ineficaz, aun cuando ganase de nuevo la ciudadanía, y el *postliminium* borrase toda marca de esclavitud. Distinto era el caso de ese mismo cautivo, a quien el *postliminium* reintegraba en el goce de su plena capacidad civil, dándole vida al testamento que había sido otorgado con anterioridad al cautiverio. En realidad el testamento otorgado en tales condiciones, es decir, con anterioridad al cautiverio, resultaba siempre válido, aun cuando muriese esclavo su autor, en virtud de la ficción, que conocemos, de la ley Cornelia. Ahora bien, a la lista de los que no podían otorgar válidamente un testamento en Roma, debemos agregar la de los intestables a quienes nos referimos al tratar de los testigos en los testamentos.

---

(5) Artículo 827, Código citado.

CAPITULO XI

SUCESIONES. - TESTAMENTOS (Continuación)

De la institución y desheredación de herederos

La institución de heredero tenía un carácter muy marcado en los primeros tiempos del derecho romano, y desempeñaba un papel importantísimo, digamos, en el testamento. Debíase ésto a que no bastaba que el testador designase, por medio de cualesquiera palabras, a la persona que debía ser su continuador jurídico, sino que debía hacerlo por medio de una fórmula solemne, con palabras imperativas, en lengua latina, y por cabeza del testamento. Este conjunto de formalidades esenciales hizo que la institución de heredero, que era la que daba el título de continuador jurídico al instituido, viniera a ser, en los primeros tiempos, como hemos dicho, la base sobre la cual descansaba el testamento. Desde luego que al evolucionar el derecho romano, las fórmulas sacramentales pasan y van cayendo en olvido; pero mientras ésto no

se realiza, esas formas privan sobre el mismo fondo de las cosas, el cual adquiere valor y fuerza jurídicos, debido únicamente, al cumplimiento ciego y estricto de esas formalidades. No podía el testador encargar a un tercero de la designación de su heredero, y él mismo debía hacerlo, y en forma clara y precisa para que no hubiera ocasión a dudas. Qué eran equívocas las expresiones de que se había valido el testador, o bien que el sentido de los términos empleados no se acordaba con su voluntad, pues la institución era nula, y el testamento caía por su base. No debían, sin embargo, confundirse estos motivos de nulidad con el simple error en que bien podía haber incurrido el testador acerca de la cualidad de la persona del instituido, y respecto de los motivos de la institución: estos errores, que respectivamente llamaban *falsa demostratio* y *falsa causa* los romanos, no influían sobre la validez de la institución. Podía también suceder que el testador, al fijarle al heredero la cuota que éste debía recibir, se hubiera equivocado, y cuando ésto podía ponerse en claro, la voluntad del testador, y no lo que decía el testamento era lo que se cumplía. Debemos, pues, examinar las distintas especies de la institución de heredero, y para comprenderlas mejor, expondremos el sistema que tenían los romanos para distribuir la herencia entre los distintos herederos.

Consistía dicho sistema en considerar el patrimonio hereditario, que lo llamaban *as*, dividido en doce partes iguales que denominaban *unciae*. Era en realidad una aplicación del sistema romano de pesas y medidas a la herencia, porque el *as* era como la unidad de peso, digamos, que con arreglo a aquel sistema se dividía, generalmente, en dozavos. Procedían, pues, los romanos como si la herencia se pesara y se distribuyera por onzas entre los herederos: tres a uno, cinco a otro, cuatro al tercero, y así de seguida. Pasaba que a veces el *as*, en que el testador distribuía su herencia, tenía más de doce onzas: veinticuatro, por ejemplo, o quince, o cualquier número. Entonces cada fracción tenía por denominador el número de partes en que se dividía la unidad representada por el *as*. Esto así era, porque lo de dividir esta unidad en doce partes era lo que comunmente se hacía, lo que el uso aconsejaba, y de aquí venía que, muchas veces, como lo observa Ortolán, cuando el testador disponía que fueran sus herederos Cayo, Valerio y Sempronio: Cayo en tres onzas y Valerio en otras tres, se presumía que Sempronio tenía derecho a tomar las seis onzas restantes. Había casos, por el contrario, en que hecha la cuenta del número de partes que debía corresponderle a cada heredero, la suma de éstas excedía el número doce. En este caso se presumía que el testador, en vez de haber hecho un solo peso de su herencia, había hecho dos, y

que aquélla se dividía en veinticuatro partes. Así sucedía cuando, en el ejemplo propuesto, a Cayo le habían sido asignadas diez partes y a Valerio seis, lo cual equivalía a haberle asignado a Sempronio las ocho partes restantes, o sea, ocho veinticuatroavos de la herencia. Este caso del doble peso de la herencia lo llamaban los romanos *dupondium;* y cuando en vez de distribuir la herencia en veinte y cuatro partes se dividía en treinta y seis, la denominación que se empleaba era *tripondium.*

Ahora bien, cuando la herencia la dividía el testador en doce partes, cada una de las diversas partes tenía su nombre especial: los 2|12 o sea 1|6 del *as,* se llamaban *sextans:* 3|12, que era decir un cuarto de la herencia, se denominaban *quadrans;* los 4|12, o sea 1|3, *triens,* y así de seguida: *quincunx* los 5|12, *semis* los 6|12, *septunx* los 7|12, *bes* los 8|12, *dodrans* los 9|12, *dextranx* los 10|12, y *deunx* los 11|12. El testador decía, simplemente, *heres ex quadrante, ex semisse,* y así sucesivamente. Hemos dicho anteriormente que el testador no estaba obligado a dividir la herencia en doce partes: a veces instituía a su heredero en diez onzas digamos, o en seis, que es el ejemplo de las Institutas, y entonces se consideraba que ese número era el *as* hereditario, y éste se le entregaba íntegramente al heredero, pues de no haberlo hecho así el testador, habría

muerto parte testado y parte intestado, lo cual no se concebía en el derecho romano. [1]

Por lo que hacía a la institución del heredero, en cuanto a los modos y condiciones bajo los cuales podía hacerse, debemos decir que podía hacerse pura y simplemente, o bajo condición, [2] pero no desde un término fijo, ni hasta un término fijo. [3] Cuando la institución de heredero se hacía pura y simplemente, comenzaba para aquél el derecho a la herencia desde el día en que el testador moría. Cuando la institución se hacía *sub conditione,* la institución dependía del cumplimiento de la condición. Cuando la condición de la que dependía la institución se había realizado antes de morir el testador, era lógico que se procediese como si la institución hubiera sido pura y simple, en el sentido de que el derecho a la herencia comenzaba a la muerte del testador. [4] Cuando la condición se cumplía después de acaecida la muerte del testador, entonces el derecho a la herencia nacía al cumplimiento

(1) En el derecho venezolano se puede morir parte testado y parte intestado: (artículo 798, Código Civil citado).

(2) Artículo 902, Código citado. Cuando se ha dejado un legado bajo condición o para ser ejecutado después de cierto tiempo, puede obligarse al encargado de cumplirlo a dar al legatario caución u otra garantía suficiente: (artículo 910, Código citado).

(3) Se tiene por no puesto en una disposición a título universal el día desde el cual deba la misma comenzar o cesar: (artículo 905, Código citado).

(4) Toda disposición testamentaria hecha bajo condición suspensiva quedará sin efecto, si la persona favorecida en ella muriese antes del cumplimiento de la condición: (artículo 907, Código citado).

de la condición, que ocupaba en la institución condicional el mismo lugar que el fallecimiento del testador en la institución pura y simple, pero los efectos se retrotaían a la fecha de la muerte, no porque el cumplimiento de la condición tuviera un efecto retroactivo propiamente, sino por una consecuencia inherente a la adición de la herencia en el derecho romano. Así pasaba, en efecto, porque cuando se realizaba la condición era cuando se examinaban las condiciones de capacidad del instituído, y porque hasta entonces se consideraba que había continuado la representación jurídica del testador. Había casos en que el testador, al hacer una institución condicional, que era en principio válida, como acabamos de verlo, imponía una condición imposible de realizarse: la de tocar el cielo con el dedo o la de beber toda el agua del Tíber: en estos casos se consideraba que la condición era como que si no se la hubiera puesto, y la institución valía como si hubiera sido establecida pura y simplemente. (5) Si se hubiera tratado de una obligación, y no de una institución de heredero, tal condición hubiera viciado la obligación, (6) pero en materia de testamento triunfó la opinión de los Sabinianos, que opinaban por la validez, en el sentido de considerar no escrita tal condición como suce-

(5) Artículo 903, Código Civil citado.

(6) Artículo 1.226, mismo Código.

día también con las que eran contrarias a las leyes o a las buenas costumbres. [7]

Respecto de las obligaciones a término o hasta cierto tiempo, no las consideraba válidas el derecho romano, a menos que se tratase de los privilegios de que gozaba el testamento de los militares. Y era porque el efecto de tales instituciones equivalía a morir parte testado y parte intestado, que era una idea que repugnaba al espíritu de los jurisconsultos romanos. De aquí, pues, que cuando en los testamentos ordinarios se hacían instituciones de este orden, se las considerase como si hubieran sido puras y simples. En el caso de la herenca *ex certo tempore,* consideraba el derecho romano que el heredero no había realmente sucedido al *de cujus,* sino a los herederos *ab intestato,* que tenían por fuerza que precederlos, y quienes jurídicamente estaban en el caso de ser los continuadores jurídicos de aquél y no el instituído, por lo cual éste hubiera venido a ser, propiamente, el continuador jurídico de dichos herederos, a lo que se agregaba la imposibilidad de hacer, en caso tal, aplicación de las reglas de la adición que examinaremos en su lugar.

En el caso de la institución *ad certus tempus,* las apuntadas consecuencias les habían sido aplicadas en sentido contrario a los herederos *ad intestato,* por lo

---

(7) Artículo 903, anteriormente citado.

cual la regla que imperó fué, como antes se notó, la de que en ambos casos la institución se reputaba pura y simple. Habia, sí, un caso que no debe confundirse con éstos, y era cuando el testador disponía que la institución valiera a partir de la muerte de una persona determinada, como, por ejemplo, el tutor del instituído. Esta institución se consideraba válida, porque con arreglo a un principio que había formulado Papiniano, en el testamento el término incierto, (y tal es el caso en el ejemplo propuesto), equivalía a la condición, y la institución condicional era válida como lo hemos apuntado. Podía también darse el caso de que no de una sino de varias condiciones dependiera la institución. En este caso había que examinar si las condiciones eran copulativas o disyuntivas, porque en el primer caso debía esperarse a que todas se cumplieran, al paso que en el segundo bastaba con que una de ellas se hubiera realizado.

SUSTITUCIONES

Hasta aquí nos hemos contraído a la institución de uno o de varios herederos del *de cujus,* quienes directamente recogían la herencia; pero había casos en que el testador, considerando que pudiera faltar el primer instituído, le daba a éste un sustituto. Los romanos se valían de una expresión representativa, y como el nombramiento o designación de este sustituto

se hacía debajo de la institución del heredero: *sub instituire,* llamaron substitución a esta institución subordinada al hecho futuro e incierto de que faltase el heredero instituído.

Había tres clases de sustituciones en el derecho romano: la sustitución vulgar, la pupilar, y la ejemplar o cuasi-pupilar. Ahora bien, como en todas estas tres sustituciones el testador instituía directamente al sustituto, se las llamaba sustituciones directas, al paso que había otra llamada sustitución fideicomisaria, porque quien recibía la herencia no la adquiría para sí, sino con el encargo de trasmitirla más tarde a otro, por cuyo motivo se la llamaba sustitución oblicua.

SUSTITUCIÓN VULGAR

Le venía este nombre de que era la sustitución que más común y ordinariamente podía hacerse en todo testamento, y respecto de todos los herederos. Era, propiamente, la institución de un segundo heredero para el caso de que faltara el primero, bien porque no pudiera o porque no quisiera adir la herencia. (8) Si no fuere Titio mi heredero, decía el testador, que lo sea Mevio, siendo de advertir que cualquiera forma que se empleara para expresar esta idea era válida. El caso era que la sustitución abarcaba

(8) Artículo 950, Código Civil citado.

no sólo el hecho de que el heredero instituído no aceptara la herencia, porque no quería aceptarla, sino aquél también, en que no aceptaba porque no podía, como pasaba, por ejemplo, en el caso de una deportación. La regla romana era que cuando había dudas respecto de si la expresión empleada por el testador abarcaba ambos casos debía optarse por la afirmativa: que cuando el testador se había referido a uno solo de ellos, se entendía comprendido el otro, a menos que apareciese del testamento que la voluntad del testador había sido deliberadamente referirse, en especial a uno de los dos casos. [9] Generalmente se nombraba un sustituto a cada instituído, pero también podían nombrarse varios sustitutos para cada instituído, o un solo sustituto para todos, lo cual se hacía dándole el mismo sustituto a cada instituído. Innecesario es advertir que siendo la sustitución una institución testamentaria condicional, se requería en el testador y en el sustituto, la misma capacidad que debían tener el testador y el heredero en el testamento.

Dos reglas han de tenerse presentes al estudiar la sustitución vulgar. La primera era la de que al abrirse la sucesión debía existir el sustituto para que pudiera trasmitir la herencia a sus sucesores. La segunda, que el sustituto del sustituto, se entendía ser susti-

(9) Artículo 951, Código citado.

tuto del instituído. Esta segunda regla tenía aplicación cuando el *de cujus,* al hacer su institución de heredero, ordenaba una serie de sustituciones: que sea Mevio mi heredero, decía por ejemplo el testador, y si éste no lo fuere que lo sea Titio, y si éste no lo fuere, que lo sea Cayo, y si Cayo tampoco lo fuere, que lo sea Sempronio. Si el heredero instituído moría antes que el *de cujus* y si Titio y Cayo habían repudiado la herencia, hubiera resultado, de no aplicarse la regla en examen, que como Mevio no había llegado a ser heredero, Sempronio no podía ser sustituto, de lo que hubiera resultado que el *de cujus* moría sin testamento, lo cual se consideraba desdoroso en Roma, como es sabido. De aquí, pues, que los Emperadores Antonino y Severo hubieran establecido la regla a que estamos refiriéndonos, la cual salvaba toda dificultad desde el momento en que, en el ejemplo propuesto, Sempronio no sólo venía a ser el sustituto de Cayo, sino el de Mevio, que era el heredero instituído. En el derecho clásico se le fijaba un plazo al instituído para que hiciera adición de la herencia, y ello con el fin, naturalmente, de que el sustituto supiera si faltaba o no la condición que le daba a él el derecho de recoger la herencia.

Fué la sustitución vulgar de origen muy antiguo en el derecho romano, porque, como lo hemos dicho,

varias veces se consideraba deshonroso morir sin testamento, por lo cual esta institución había llegado a ser, pudiera decirse, no sólo de uso constante, sino necesario. Pero cuando las leyes Caducarias ensancharon el radio de las incapacidades para heredar, y el *aerarium* amenazaba con llegar a ser el heredero definitivo de aquellos cuyos testamentos caían por haber fallado la institución del heredero, las sustituciones cobraron gran imperio. De aquí, que para ponerse el testador a cubierto de toda eventualidad, tuviera el derecho de instituir, en último lugar, a uno de sus esclavos heredero necesario, *(solus et necessarius heres)*.

SUSTITUCIÓN POPULAR

La sustitución pupilar era la que hacía el *pater familias* en su testamento, cuando instituía al hijo de heredero, para el caso en que éste muriera antes de la pubertad: *si prius moriatur quam in suam tutelam venerit.* Propiamente, en un principio, era el testamento del hijo impúbero hecho por el padre en ejercicio de los poderes exorbitantes que emanaban de la patria potestad. Más tarde, fué vista la institución como uno de los elementos del deber de tuición de ese padre sobre el hijo que fué el sello que, en definitiva, tuvo la patria potestad, y que es el que tiene en nuestros

días. [10] Consecuencia del concepto primitivo de esa patria potestad, que como es sabido, tenía un carácter patrimonial muy marcado en los primeros tiempos, fué por lo que en el derecho clásico mismo se encontrara ligada la teoría de la sustitución pupilar a esa unidad inseparable de patrimonio del *de cujus* y del hijo impúbero por quien hacía aquél, propiamente, un testamento, de donde resultaba que si el sustituto era un heredero necesario del testador no le fuera permitido inmiscuirse en la herencia del sustituído sin perder el beneficio *abstinendi.* No fué esta la regla que vino a privar en el derecho del Bajo Imperio, sino la contraria precisamente, sin que ello hubiera sido una innovación de Justiniano sino en realidad la resurrección de un principio al cual habían adherido eminentes jurisconsultos del mismo derecho clásico. En la práctica, esta sustitución, debida al uso y a las costumbres: *moribus institum est,* se hacía de dos maneras diferentes, que eran: un testamento hecho por el padre instituyendo al hijo y dándole un sustituto para el caso en que muriera antes de llegar a la pubertad, o bien haciendo el padre un testamento a

---

(10) Artículo 956, Código citado. Según este artículo puede el testador dar sustituto a los incapaces de testar respecto de los bienes que les deje, para el caso en que el incapaz muera en la incapacidad de testar, excepto respecto de lo que tenga que dejarles por razón de legítima. Debe advertirse que la capacidad de testar la da el citado Código al que haya cumplido 16 años, a menos que sea viudo, casado o divorciado: (artículo 826 ya citado, caso 1º, Código citado).

nombre del hijo para el caso, desde luego, que éste muriera impúbero. Esta última fórmula fué más tarde abandonada, quedando reservada, únicamente, a los militares, como uno de los tantos privilegios y excepciones de que gozaban en el derecho romano. Cuando el impúbero moría antes que el testador, o salía de la patria potestad, la sustitución dejaba de surtir efecto, naturalmente, lo mismo que cuando el menor alcanzaba la pubertad, o cuando el testamento era anulado o se olvidaba el sustituto de hacerle nombrar un tutor al menor instituído, tan pronto acaecía la muerte del causante. Sucedía, a veces, que el *pater familias,* al hacer testamento por su hijo impúbero, no sólo designaba quién sería el heredero de éste, sino que presumiendo que el hijo no pudiera ser su heredero o no llegara a serlo, establecía, a la vez, una sustitución vulgar: 'Que Ticio mi hijo sea mi heredero, decía el *de cujus,* y si no es mi heredero, o si habiéndolo sido, muere antes de haber llegado a su propia tutela, que Seyo sea el heredero". Como se ve del ejemplo que antecede, que es el que traen las Institutas, no sólo había una sustitución pupilar, sino una vulgar también. El punto de si por existir aquélla debía sobreentenderse la otra, fué muy controvertido en el derecho romano; pero una Constitución de Marco

Aurelio, ordenó que caso de no establecer el *de cujus* lo contrario, debía decidirse que expresada la una debía sobreentenderse la otra.

SUSTITUCIÓN CUASI PUPILAR

La sustitución cuasi pupilar, llamada también ejemplar, fué introducida por el derecho de Justiniano, a ejemplo o imitación de la pupilar, y de allí el nombre que se le daba. Del mismo modo que un menor antes de llegar al período de la pubertad no estaba dotado de capacidad legal para disponer de sus bienes en testamento, así mismo el furioso, sin intervalos lúcidos, estaba de hecho y de derecho privado de hacer otro tanto, y de aquí la referida sustitución para el caso que al morir el incapaz, estuviera todavía atacado de la enfermedad que le había arrebatado la capacidad. [11] La sustitución quedaba sin efecto si el enfermo curaba, o si moría antes que el testador, o cuando el testamento de éste resultaba inválido.

No dejaba de haber sus diferencias entre la sustitución que examinamos y la sustitución que le sirvió de modelo. En efecto, la sustitución cuasi pupilar no estaba sometida a la condición de tener quien la hacía, el carácter de *pater familias,* como sí debía tenerlo en la otra: requeríase, simplemente, la condición de

(11) Artículo 957, Código citado.

ascendiente, de modo que no sólo el padre podía hacerla, sino también la madre y lo mismo los demás ascendientes sin distinción. [12] Por lo demás podía hacerse respecto de todos los hijos, así fueran o no emancipados. Había, además, otra diferencia, y era que en la sustitución ejemplar el ascendiente estaba obligado a elegir el sustituto entre los descendientes del hijo enfermo, y a falta de éstos, de entre sus hermanos. Cuando tampoco había hermanos, entonces el testador podía elegir a quien quisiera. Un caso podía ocurrir en el derecho romano y era aquél en que el padre del demente y varios de sus ascendientes hubieran hecho la sustitución ejemplar, sin saberse cuál de ellos debía prevalacer. En este punto no hay sino conjeturas, porque algunos autores le dan preferencia a la voluntad del padre, y si falta éste, a la del ascendiente más próximo, y otros se pronuncian en el sentido de que la que se tomaba en cuenta era la del ascendiente que moría el último de los que habían hecho la sustitución. Ahora bien, cuando el demente recobraba la razón, cesaba, naturalmente, el testamento que por él había hecho el ascendiente, y si aquél,

(12) El artículo 957, anteriormente citado, dispone que el padre, y en su defecto, la madre, podrán hacer testamento por el hijo incapaz de testar para el caso en que éste muera en tal incapacidad, cuando el hijo no tenga herederos forzosos hermanos ni sobrinos. Debe advertirse que el artículo 826, antes mencionado, establece, en sus casos 2º y 3º, que son incapaces de testar: los entredichos por defecto intelectual, y los que no están en su juicio al hacer el testamento.

en un intervalo lúcido, procedía a ordenar su testamento, la sustitución caía por su base. Pero podía suceder que el enfermo, después de recobrada su razón, no se hubiera ocupado en hacer testamento, y no sólo ésto, sino que hubiera vuelto a caer en estado de demencia. En este punto también hay grandes discrepancias entre los autores, porque algunos opinan por que la sustitución era válida, atendiéndose a que el objeto de la Constitución de Justiniano había sido que el ascendiente hiciera un testamento condicional a nombre del descendiente que no gozaba del uso de su razón, para el caso de que muriese en estado de demencia, que era lo que pasaba. Otros sostienen, que si había sido muy corto el período transcurrido entre la curación y la recaída, debía considerarse como si la curación no hubiera existido; que por el contrario, cuando ese período había sido largo, debía considerarse que habiendo cesado la enfermedad debía dejar también de existir un acto que había obedecido a la circunstancia especial de esa enfermedad. Otros, por último, opinan que si moría el ascendiente que hizo la sustitución ejemplar, encontrándose el descendiente en estado de locura, aun cuando antes de ese momento hubiera tenido períodos en que hubiera recobrado la razón, debía decidirse que la sustitución

había sido válida, y que debía seguir surtiendo sus efectos. Debemos señalar, finalmente, que antes de ser introducida por el derecho de Justiniano la sustitución ejemplar, no podían alcanzarse sus fines, para casos especiales, sino por medio de un Rescripto del Príncipe.

CAPITULO XII

SUCESIONES.-TESTAMENTOS (Continuación)

Ha quedado analizada la institución de herederos. Examinaremos ahora la desheredación. Se recordará que, cuando tratamos de la organización de la familia romana, hicimos notar que en los primeros tiempos existió sólo una noción de patrimonio, que fué la que dió origen a que los hijos fueran considerados como condueños de ese patrimonio, al venir a faltar el jefe de la familia. Es muy posible que en estos tiempos primitivos, como lo observa Arangio Ruiz, del probable principio originario, que excluía el nombramiento de un *heres* testamentario cuando el testador dejaba hijos, se pasara a una época en que el principio hubiera sido la absoluta libertad de testar, y que, precisamente, la desheredación viniera a ser como un puente de paso entre la antigua noción de instituir al hijo, considerado copropietario con el *pater* de los bienes hereditarios, y la libertad de ese

mismo *pater* de escoger su continuador jurídico. [1] Según esta hipótesis del notable expositor, la desheredación era, primitivamente, un acto solemne y autónomo que el padre ejecutaba respecto del hijo que se había hecho indigno de recoger su herencia, la cual no la formaban solamente intereses materiales, como lo hemos visto, y con cuyo acto el testador justificaba la elección que había hecho de un tercero; pero cuando la noción del *filius* y del *heres* se separan en el derecho romano, entonces la desheredación vino a ser la simple declaración testamentaria que excluía a los descendientes de la herencia. De aquí el precepto de la ley romana: *sui aut instituendi sunt aut exheredandi,* por lo cual el testador instituía expresamente a sus descendientes bajo su potestad como herederos, o los desheredaba. No sería quizás ni lógico ni jurídico pensar que por cuanto el derecho romano llegó a reconocer los poderes exorbitantes que se reunían en el *pater familias,* los que podían llegar hasta el de vida y muerte sobre el hijo, como lo hemos visto, le dió al mismo tiempo al padre el derecho de disponer libremente de sus bienes en testamento, sin obligación legal ni de instituir al hijo ni de desheredarlo expresamente, porque si así hubiera sido, el régimen de la propiedad familiar, que fué precisamente el de

(1) Vincenzo Arangio-Ruiz. "Istituzioni di Diritto Romano".

los primeros tiempos, hubiera quedado desquiciado. Sería también conjetural la afirmación de que fué, precisamente, cuando ese fundamento de esa propiedad se modifica y cambia en la estructura de la sociedad romana, cuando el principio de la libertad de testar, que corresponde a ese cambio en la organización económica, apareció como el exponente de la nueva regla jurídica. Lo averiguado es que cuando el testamento se hacía ante los Comicios, tocábales a éstos examinar las condiciones que se reunían en el heredero extraño que iba a ser el continuador jurídico, apreciando aquella Asamblea, de consiguiente, los motivos que había para excluir al hijo de la herencia, que en la organización familiar de la propiedad romana era el llamado a ser el continuador jurídico del padre. Es por esto por lo que Cuq sostiene que las restricciones a la libertad de testar remontan en Roma a la época en que el testamento comicial había caído en desuetud, al paso que la libertad de testar coincide con la época en que por existir precisamente el testamento comicial, esa libertad, lejos de ser absoluta, estaba sometida a la inspección y vigilancia de los Pontífices y del pueblo. (2) En las costumbres, pues, del pueblo romano, (que se habían formado al amparo de ese régimen de la propiedad familiar, en que al morir el

(2) Cuq, "Manuel des Institutions Juridiques des Romains".

padre recogía el hijo un patrimonio de que era copropietario), estaba la necesidad de que el padre instituyera al hijo de heredero o lo desheredera expresamente, y fué por esto por lo que en el régimen de la propiedad individual, el influjo de esas mismas costumbres sigue haciéndose sentir, y la desheredación debía hacerla el testador valiéndose de una forma solemne. A más todavía se llegó, porque se requería que fuera total la desheredación: *ex re certa,* como ellos decían. Esta regla romana de la obligación en que estaba el *pater familias* de desheredar al hijo, condujo a los romanos a considerar nulo el testamento que no contenía tal desheredación. Debía el testador hacer tales declaratorias de institución o de desheredación respecto de los herederos llamados suyos y necesarios, así llamados, porque en el régimen de la propiedad familiar, aun en vida del padre, se los consideraba en cierto modo como copropietarios con el jefe de ese patrimonio, y a la muerte de éste venían a ser como si se heredasen a sí mismos. [3] La expresión necesarios se les daba porque, ya se tratase de la herencia testada, ya de la herencia *ab intestato,* y quisieran que no, se hacían herederos, por más que tuvieran el derecho de

(3) Pueden consultarse entre otros, en lo relativo a la desheredación y restricciones a la libertad de testar: Cuq: "Les Institutions Juridiques des Romains", tomos I y II, principalmente en lo relativo a la organización de la propiedad familiar; Gómez de la Serna, tomo I; Accarias, tomo I; Girard, obra citada; Bonfante, obra citada; Ortolán, tomo I; e Huvelin, tomo I.

abstenerse de aquéllas, como luego lo veremos. El hijo, la hija, el nieto y la nieta, nacidos por línea de varón, y así los demás descendientes de ellos, con tal de estar sometidos a la patria potestad del *de cujus*, eran los que el derecho romano consideraba herederos suyos y necesarios y respecto de quienes era obligatorio o instituirlos de herederos o desheredarlos expresamente como lo hemos notado. Por supuesto que para que el nieto y la nieta fueran considerados herederos suyos y necesarios se requería que el padre hubiera muerto o salido de la patria potestad del abuelo.

De dos maneras se hacía la desheredación: o nominativamente, en que el testador nombraba al desheredado: *Titius filius meus exheres est*, o colectivamente, comprendiendo a todos los desheredados en una cláusula general: *ceteri exheredes sunto.* Cuando el testador no tenía sino un solo hijo, no tenía necesidad de nombrarlo, y entonces empleaba la fórmula arriba mencionada de la que se suprimía el nombre del hijo. Pasaba a veces que los hijos no eran ni instituídos ni desheredados, sino simplemente omitidos. Este punto dió lugar a discrepancias de opiniones entre Proculeyanos y Sabinianos. Sostenían los primeros que cuando el hijo omitido moría antes que su padre, no había lugar a la anulación del testamento por el hecho de no haber sido mencionado su nombre instituyéndolo o desheredándolo, porque en su inte-

rés había sido establecida la regla; pero los Sabinianos, y tal fué la opinión que vino a prevalecer en el Bajo Imperio con Justiniano, sostenían que el testamento era nulo por haberse pretermitido en él una regla legal establecida fundamentalmente por el legislador.

Respecto de las hijas del *pater familias,* que no habían salido de la patria potestad por un matrimonio *in manu;* de la mujer *in manu,* que estaba en el lugar de una hija, como lo sabemos, y de los nietos y nietas nacidos de un hijo premuerto o emancipado, se seguía la misma regla de no poder ser desheredados sino nominativamente puesto que eran también herederos suyos y necesarios. Pero si lo que había habido era omisión de sus nombres, y no desheredación, lo que pasaba era que el testamento se consideraba válido, concurriendo los omitidos a la sucesión como si hubieran sido instituídos. Así pasaba cuando el heredero instituido tenía la misma categoría que ellos, de heredero suyo y necesario, pues si era un extraño, la herencia se dividía en dos partes, tomando el instituído una mitad y correspondiéndole la otra al heredero cuyo nombre había sido omitido. Debemos agregar a lo expuesto que la desheredación era, generalmente, un castigo que el padre le imponía al hijo de cuya conducta no estaba satisfecho, pero no siempre había sido

así, pues como lo observa el mismo Cuq, fué muy empleada en la época de Ulpiano para facilitar la administración de los bienes hereditarios durante el período en que el hijo, a quien se hubiera instituído de heredero, no había alcanzado la pubertad.

Ahora bien, esta situación tan clara respecto de los hijos que habían nacido cuando el *pater* hacía su testamento, se complicaba cuando el hijo nacía después, y más todavía, en el caso del póstumo. El nacimiento del hijo traía por consecuencia la ruptura del testamento, pero en este caso le quedaba al testador el recurso de hacer uno nuevo. Pero cuando el hijo nacía después de muerto el testador, no había medio para él de evitar la ruptura, sino instituyendo o desheredando al póstumo al hacer su testamento, que fué precisamente lo que se le permitió que hiciera. Se comenzó por considerar dos casos especiales: 1º, el del nieto ya concebido a la época en que se hacía el testamento y cuyo padre viviera, o sea, el del nieto que no habría sido *sui juris* si hubiera nacido cuando el testamento se hacía; y 2º, el del hijo que estaba concebido en la época del testamento y que nacía antes de morir el testador. El primer caso fué una innovación debida a Aquilio Galo, quien ideó una institución condicional para el caso en que, antes de que muriera el testador, naciera su nieto *sui juris* y *suus heres.* A partir de entonces se consideró a los póstumos dividi-

dos en dos clases: la de los póstumos suyos, *(postumus suus)*, y la de los extraños, *(postumus alienus)*. De aquí resultó que respecto de los primeros se los podía instituir por herederos o desheredarlos, evitándose así que su nacimiento ocasionara la ruptura del testamento, y que respecto de los segundos siguiera rigiendo la regla del derecho civil que los consideraba personas inciertas. No era igual la fórmula para la desheredación de los póstumos, según fueran varones o hembras. La costumbre era que a los primeros se los desheredase por medio de unas palabras que diesen a comprender que el testador había pensado que fuera de sexo masculino su descendiente: las Institutas traen de esta desheredación nominativa la siguiente forma: *quicumque mihi genitus fuerit, exheres esto:* el hijo que nazca que sea desheredado. Pero respecto de los póstumos del sexo femenino, podían serlo *inter ceteros,* con tal que en este último caso les fuera legada alguna cosa, a fin de que no apareciesen omitidas por olvido, según las palabras de las mismas Institutas.

A esta clase de póstumos siguieron los llamados cuasi-póstumos veleyanos, por haber sido la ley Junia Veleya la que estatuyó que su nacimiento no rompiese el testamento, por permitir instituirlos o desheredarlos. Esta ley, cuya promulgación para muchos autores coincide con los últimos años del imperio de Augusto, año 763 de la fundación de Roma, y para otros

es incierta, contenía varios capítulos. [1] El primero trataba de los póstumos que nacieran estando todavía vivo el testador, y a quienes se permitía instituirlos o desheredarlos. El segundo se contraía a los nietos del testador, que aun cuando nacidos cuando el testamento se hacía, podían más tarde llegar a ser herederos de aquél porque su padre hubiera muerto o porque por otra causa cualquiera hubiera salido de la familia. Esta cuasi-agnación que hacía que el nieto llegara a ser heredero suyo del testador producía la ruptura del testamento. El citado Capítulo de la ley Junia Veleya contemplaba este caso, y permitía al testador desheredar al nieto, bien que no lo autorizaba para instituirlo. Respecto al modo como debía hacerse la desheredación, la ley consagraba el uso establecido por el derecho romano de ser nominalmente, en el sentido que hemos visto la de los varones, y la de las mujeres, *inter ceteros,* con tal de que se les dejara algún legado. Debemos observar que un siglo después de promulgada la ley en examen, Juliano la aplicó al caso del nieto que ya estaba concebido cuando el testamento había sido hecho, y que había nacido viviendo su padre, pero que a la muerte del *de cujus* había llegado a ser heredero de éste por la muerte de su pa-

(4) Véanse principalmente los autores citados en las anteriores notas.

dre. Más después, un Senado-Consulto propuesto por Adriano, extendió el beneficio de la citada ley a los que habían adquirido la cualidad de herederos suyos después de muerto el padre por la *erroris causa probatio.* Finalmente, fué permitido que al que había llegado a ser heredero del *de cujus* por adopción, se lo podía desheredar.

El derecho pretoriano complementó esta obra basada en restricciones a la libertad de testar, y el Pretor se ocupó en reparar la injusticia que el rigor del derecho civil creaba con respecto al hijo emancipado, a quien la equidad colocaba, respecto del reparto de los bienes del *pater familias,* sobre el mismo pie que al hijo que había permanecido en potestad. No era que el derecho civil romano hubiera sido ilógico en este punto, sino que la estructura civil de la agnación era en el fondo contraria a la naturaleza al desconocer los vínculos de la sangre que no podían ser destruídos por la *capitis deminutio* que padecía el emancipado. En el mismo caso estaban el hijo del emancipado y el del hijo adoptivo respecto de su familia agnada, quienes habían sido concebidos después que el causante había salido de su familia natural. Pasaba lo mismo con el hijo de un Latino que había adquirido la ciudadanía romana junto con su padre, pero sin que éste hubiera adquirido los derechos de la patria potestad. En todos estos casos, el Edicto del Pretor no anulaba el

testamento del padre por el hecho de aparecer omitidas o irregularmente desheredadas estas personas, pero le daba al hijo la *bonorum possessio contra tabulas,* colocándolo en el lugar de un heredero, *(heredis loco),* y dándole una parte igual a la que le correspondía en la herencia *ab intestato.* Respecto del hijo adoptivo que había salido de la patria potestad del adoptante y que no pertenecía, jurídicamente, ni a la familia de éste ni a su familia natural, el derecho pretoriano, tomándolo en cuenta, había ordenado que el padre natural debía instituirlo o desheredarlo, porque de otro modo se le daba a este hijo la posesión *contra tabulas.* El derecho de Justiniano complementó definitivamente esta teoría de la desheredación, y borró la antigua distinción que había según que fuera el omitido de uno o de otro sexo, estableciendo una misma forma para todos. Los hijos y las hijas y demás descendientes por línea de varón, ya fueran nacidos o se tratara de póstumos, y lo mismo los emancipados, debían ser instituídos herederos o desheredados nominativamente. No importaba, pues, que se tratara de un hijo o de una hija, o de un nieto, o de un póstumo varón o hembra. Por supuesto que al hablar de desheredación nominativa de los póstumos se entendía, bajo el derecho de Justiniano del mismo modo que antes. Con respecto al hijo adoptivo, hizo una distinción el citado

derecho bizantino, según que la adopción la hicieran un ascendiente o un extraño. Debemos recordar que Justiniano dividió la adopción en dos clases: la que hacían los ascendientes, y la que podía hacer un extraño: la primera se la llamaba plena y también perfecta: la segunda, menos plena y también imperfecta. Esta adopción imperfecta sólo le daba derecho al hijo adoptivo a la sucesión *ab intestato* del adoptante, sin hacerle perder los derechos a la sucesión de su padre natural, de donde se deducía que era este último quien estaba obligado en su testamento a instituir o a desheredar a este hijo a quien había emancipado para que pudiera haber sido adoptado por el extraño. En el derecho antiguo, el hijo adoptivo perdía sus derechos en la familia natural y estaba equiparado al hijo que en justas nupcias hubiera nacido al adoptante: era, pues, un agnado al igual de los demás hijos del padre adoptante, pero cuando éste lo emancipaba quedaba sin familia natural y sin familia civil, por lo cual, como lo hemos visto, el Pretor, por equidad, le daba la posesión *contra tábulas,* equiparándolo a los hijos emancipados del padre natural. Con la innovación de Justiniano, y en el caso de la adopción menos plena, como ya lo dijimos, el padre adoptante conservaba la plena libertad de testar sin necesidad de ins-

tituir heredero o de desheredar al hijo adoptivo: este deber correspondía, únicamente, al padre natural.

Para complementar esta exposición debemos hacer notar que en el testamento de los militares no se requería que el hijo fuera expresamente desheredado, porque la ley reputaba que al no ser mencionado en él era como si expresamente se lo hubiera desheredado: *silentium pro exhoeredatione valere,* decían, los romanos. Si el soldado en expedición, estatuían las Institutas, hiciese testamento y no desheredase nominalmente a sus descendientes nacidos o póstumos, sino que los pasase en silencio, esta omisión equivaldrá a una desheredación nominal con arreglo a las Constituciones Imperiales, en el caso de que el testador no ignorase que tenía tales descendientes. No era, pues, que el testamento de los militares gozase del privilegio de sustraerse a las reglas de la desheredación, sino únicamente a las formas de la desheredación en el derecho común. Por lo que respecta a la madre y al abuelo maternos, no estaban obligados ni a instituir ni a desheredar a sus hijos, pues su silencio producía el mismo efecto que la desheredación que había hecho el padre, y era que la desheredación tenía su origen en la copropiedad de la familia y en la cualidad de herederos suyos que no tenían aplicación en

la sucesión de la madre y de los ascendientes maternos. En otros casos el derecho romano concedía el recurso de que trataremos en el Capítulo siguiente, donde se examinarán las causales por las que perdían su fuerza los testamentos. [5]

(5) En la Legislación venezolana la libertad de testar no es plena en ciertos casos, o sea, cuando el testador deja herederos a quienes la ley considera forzosos, reservándoles una legítima que es una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad al beneficiario. En este caso están los descendientes legítimos e ilegítimos, y el cónyuge sobreviviente no separado legalmente de bienes, respecto de sus ascendientes. En igual caso están los ascendientes legítimos o ilegítimos, respecto de sus descendientes, (artículos 868 y siguientes, Código Civil). Desde luego que es el mismo Código citado el que fija la capacidad de suceder enumerando las causas de incapacidad: (artículos 801, 802, 829, 832, 834, 835). Pero los descendientes del indigno, cuando este es el caso, tienen siempre derecho a la legítima que debería tocarle al que es excluído: (artículo 830, mismo Código).

CAPITULO XIII

SUCESIONES. - TESTAMENTOS (Continuación)

Hemos analizado hasta aquí la institución y la desheredación de los herederos, y al referirnos a la primera estudiamos la teoría de las sustituciones. Debemos ahora examinar lo que pasaba cuando el testador, sin haber ordenado una sustitución, instituía a varios herederos, y uno de ellos faltaba, bien porque repudiara la herencia, o porque moría antes que el testador o antes de cumplirse la condición, o por haberse incapacitado legalmente. El derecho romano, como ya se ha observado, prohibía que se pudiera morir parte testado y parte intestado, de manera que cuando ocurría el caso de faltar alguno de los herederos instituídos en el testamento, no había el recurso de distribuir la herencia entre los que habían aceptado, por lo que hacía a las partes que a éstos les asignaba el testamento, y considerar la que quedaba vacante por la repudiación, destinada a que le tocara

a los herederos a quienes la ley defería la herencia a falta de sucesión testamentaria. De lo que resultó que el derecho romano consideraba entonces como si la herencia en su totalidad le hubiera sido deferida al coheredero, en virtud de lo que se llamó derecho de acrecer: *jus adcrescendi.* Este derecho impedía el concurso de los herederos testamentarios y *ab intestato,* y salvaba el principio apuntado: *nemo partim testatus partim intestatus decedere potest.* En realidad, pues, el heredero testamentario, que aceptaba la herencia, y a quien el testamento le daba sólo una porción de la herencia, toda vez que había uno o más coherederos instituídos, venía a ser el representante del testador en la totalidad de la herencia, en virtud de una vocación eventual a esa totalidad, sin la cual el *de cujus* hubiera muerto parte testado y parte intestado. De aquí también que el testador careciera de facultad para derogar ese derecho, pudiendo, solamente, modificarlo en su aplicación por medio de una institución conjunta, que podía hacer con dos o más herederos. Esta *conjunctio,* que decían los romanos, les daba al coheredero o coherederos, conjuntamente instituídos, un derecho de preferencia, y podía hacerse de tres maneras a saber: 1º, cuando el testador, en una misma cláusula, instituía herederos, en una misma parte de su herencia, a dos personas: en este caso de-

cían los romanos que había conjunción *re et verbis;* 2º, cuando esos dos mismos herederos, en dos cláusulas distintas, eran designados como herederos de una misma porción de la herencia: en este caso la conjunción era *re tantum;* 3º, cuando el testador, en una misma cláusula, hacía el nombramiento de los dos citados herederos sin designación de partes, *conjunctis verbis.* Por otra parte resultaba también, que así como el testador no podía desconocer el derecho de acrecer, tampoco podía el heredero renunciarlo, no requiriéndose, de consiguiente, la aceptación de la porción vacante. Bien podía suceder que el heredero instituído muriera después de haber aceptado la herencia, y que más tarde la repudiara el coheredero: esto no importaba: el beneflcio que concedía el derecho de acrecer se verificaba de pleno derecho, *(ipso jure),* y los herederos del instituído, que habían aceptado, se favorecían recibiendo no sólo la porción que le correspondía a su causante en el testamento, sino la que después de su muerte le venía por la repudiación del coheredero. Podía suceder que la parte que acrecía al coheredero estuviera gravada con algún legado o con un fideicomiso, y al principio el beneficio pasaba pura y simplemente al coheredero: *sine onere,* pero más tarde, en virtud de un rescripto de Severo y Caracalla, se invirtió la regla, y la porción vacan-

te acrecía *cum omni onere.* Ahora bien, para precisar más estas cuestiones, diremos que cuando la institución era en la cosa, *(re)*, o en la cosa y en la las palabras, *(re et verbis)*, la parte del que faltaba acrecía a los demás por iguales partes, y si era solamente en las palabras, *(verbis tantum)*, acrecía proporcionalmente a lo que el testador designaba a cada uno. En los dos primeros casos se partía de la base de que ello era conforme a la voluntad del testador, que había llamado a los coherederos a la misma herencia, de idéntica manera y en la misma proporción; y en el tercero, que al señalar partes en la herencia, implícitamente entendía que la parte que vacara se distribuyese entre los demás conjuntamente instituídos, proporcionalmente a las respectivas porciones de cada uno de ellos. Pero cuando concurrían conjuntos de diferentes clases, entonces la regla que se seguía era otra. En efecto, si la parte vacante correspondía a un conjunto *re et verbis,* como lo observa Gómez de la Serna, sólo acrecía a los conjuntos de la misma clase; pero si pertenecía a un conjunto *re tantum,* acrecía a los de todas clases, y por lo tanto a los *re et verbis,* si bien reputándose éstos como una sola persona. Y era que ésto se fundaba en que el testador, al unir a estos últimos tan estrechamente, en contraposición a los demás de quienes había habido

llamamiento separado, o bien por la expresión de partes, o bien por la fórmula, los había querido considerar, según presumía la ley, como una sola persona, y no debía por lo tanto dárseles más que una sola parte en el último caso y en el segundo, no debiendo llamarse a participar a los demás. Podía suceder también que el testador no hubiera expresado la parte en que llamaba a los coherederos a su sucesión, y que en cambio hubiera otro heredero que sí la tuviera señalada o a quien se le hubiera dado especialmente alguna cosa de la herencia; este último no gozaba del derecho de acrecer, a menos que fuese el único heredero que quedara. Cabe decir, por último, que la generalidad de los autores están conformes en pensar que más bien debiera llamarse derecho de no decrecer al *jus adcrescendi,* porque considerándose a los conjuntos instituídos en la totalidad de la herencia, lo que impedía el referido derecho era más bien que decreciera lo que, propiamente, correspondía a cada instituído.

Las leyes caducarias modificaron este sistema, complicándolo en cierto modo. Las referidas leyes destinadas a favorecer a los casados con hijos, se mostraban hostiles contra los solteros y contra aquellos que no tenían hijos: *caelibes, orbi, patres solitarii,* y de aquí que prodigaran los casos de disposiciones nulas, dividiéndolos en tres categorías. En la prime-

ra estaban comprendidas las que eran nulas desde un principio, lo que ocurría cuando el heredero instituído había muerto para la época en que el *de cujus* hacía su testamento. En la segunda aquellas que aun cuando válidas al ser hechas, dejaban de serlo en vida del testador, como pasaba con el heredero que moría antes que él. En la tercera categoría estaban comprendidas las instituciones que se designaban con el nombre de *caduca,* que aún cuando válidas hasta la apertura de la sucesión, fallaban, más tarde, cuando el heredero no tenía el *jus capiendi,* o moría, o renunciaba a la herencia. Algunos autores consideran que las *caduca* eran las instituciones que llegaban a ser nulas en el período comprendido entre la muerte del *de cujus* y la apertura del testamento, al paso que las que lo eran después, entraban en la denominación de *in causa caduci.* Pero el caso era que en las disposiciones de la primera categoría, y en las *caduca* y las *in causa caduci,* el derecho de acrecer subsistía tal como hemos visto que estaba establecido por el derecho antiguo a favor de los coherederos ascendientes y de los descendientes hasta el tercer grado, pero respecto de los coherederos, que estaban fuera de esos grados, el *jus caduca vindicandi* correspondía en virtud de las citadas leyes caducarias, en primer lugar a los herederos *patres,* que eran los herederos varones

casados y con hijos, y a falta de éstos, a los legatarios *patres;* pero cuando faltaban éstos y aquéllos, entonces la porción vacante pasaba al *aerarium,* que era el tesoro público, y más tarde al tesoro privado del príncipe, *(fiscus principis),* deducida la prima que le correspondía al que hacía el denuncio, *(delator).* [1] Las incapacidades resultantes de las leyes caducarias fueron abolidas a comienzos del siglo V, pero el *jus cadu-*

---

(1) Las leyes caducarias, de que queda hecha mención, fueron promulgadas bajo Augusto, la una, en 736, y la otra, en 762, y se denominaban, como lo hemos visto ya, *Julia* y *Papia Poppaea,* respectivamente. Tenían por objeto estas leyes combatir el celibato y evitar la despoblación. Por ellas se ordenaba que los hombres, entre 25 y 60 años, y las mujeres entre los 20 y los 50, debían estar casados, que los hombres debían tener, por lo menos, un hijo legítimo, y las mujeres tres, si eran ingénuas, y cuatro, si eran libertinas. En consecuencia, los que permanecían solteros habiendo cumplido la edad de matrimonio, eran incapaces de heredar, a menos que fueran cognados hasta el sexto grado o próximos afines del *de cujus,* o cuando el Senado, primero, y el Príncipe, más tarde, concedían una dispensa parcial o total. También eran incapaces los casados que no tenían el mínimum de hijos apuntados: estas personas no podían heredar sino la mitad de lo que se les dejaba en el testamento. Se cree también, que los viudos o los divorciados con hijos, que las citadas leyes denominaban *patres solitarii,* estaban también en el mismo caso anterior. A más todavía llegaba el rigor de estas leyes, porque los casados sin hijos, porque éstos, nacidos de otra unión anterior, habían muerto, no podían ser herederos el uno del otro, incapacidad ésta que se media con arreglo al número de hijos vivos o no que habían nacido de la referida unión anterior. Estas leyes, por lo demás bien calculadas para los fines que se proponían alcanzar, daban un plazo de cien días, contados a partir de la apertura de la sucesión, para que el que quisiera aprovecharse de la herencia cumpliera primero con lo que ellas ordenaban. Constantino, en primer lugar y más tarde Honorio y Teodosio II, derogaron las incapacidades que estas leyes establecían, hasta que Justiniano completó la obra haciendo desaparecer la incapacidad que respecto de los libertos Latino-Junianos había establecido la Ley Junia. (Véase: Girard, obra citada, y también Huvelin, obra citada).

ca vindicandi quedó vigente respecto a las *caduca* y a las *in causa caduci* hasta la época de Justiniano en que el antiguo derecho de acrecer entre coherederos fué puesto de nuevo en vigencia. [2]

(2) El derecho de acrecer entre coherederos está regido por los artículos 933 y siguientes del Código Civil citado. Con arreglo a dichas disposiciones legales, si uno de los herederos instituídos muere antes que el testador, o renuncia la herencia, o se hace incapaz, su porción pasará al coheredero o coherederos que hayan sobrevivido al testador, y que no se hayan hecho incapaces, salvo, naturalmente, los casos en que es admitido por la ley el derecho de representación por parte de los descendientes del heredero, premuerto o incapaz: (artículo 944 del citado Código). Ahora bien, ese derecho de acrecer procede entre coherederos, cuando en un mismo testamento y por una misma disposición, se les ha llamado conjuntamente sin que el testador haya hecho entre ellos designación de partes. Esta se juzga hecha, según la legislación venezolana, sólo en el caso en que el testador haya indicado, expresamente, una cuota para cada uno. La simple expresión por iguales partes u otras semejantes, no excluyen el derecho de acrecer. La parte del heredero que falte se trasmite a los coherederos *cum omni onere,* según la expresión romana. Pero si el derecho de acrecer no procede, la parte del heredero que falte pasaría a los herederos legítimos del testador, porque sabemos que en la legislación venezolana está derogada la regla romana: *nemo partim testatum intestatus decedere potest.* Respecto del usufructo dejado a varios por testamento, y siempre que haya lugar al derecho de acrecer, la parte del que falta acrecerá siempre a los demás usufructuarios. Si no procediere el derecho de acrecer, la parte del que falte se consolidará con la propiedad.

CAPITULO XIV

SUCESIONES.-TESTAMENTOS (Continuación)

DE LOS LEGADOS

Del propio modo que se le reconocía a una persona el derecho de designar al heredero que venía a ser su continuador jurídico, así le fué reconocido también el derecho de hacer liberalidades en testamento, en favor de personas que no venían a ser los continuadores jurídicos del *de cujus,* ni tampoco los encargados de velar por el culto privado, como si pasaba con el heredero. En el derecho antiguo, la manera de hacer estas liberalidades era imponiéndoselas al heredero en testamento, y la denominación que tenían era *legatum.* Se ignora la forma que tenía el legado en aquel derecho primitivo, por lo que ha llegado a conjeturarse que consistía en una manifestación oral de voluntad hecha por el testador en términos sacramentales, *(do lego),* y en presencia de testigos. [1] Pero en la época de Au-

(1) Véase Cuq: Manuel des Institutions Juridiques des Romains.

gusto, conjuntamente con la institución del legado que tenía su apoyo en el testamento, se practicó una segunda forma, que era la del fideicomiso a título particular, que bien podía hacerse sin necesidad de testamento. Ambas instituciones se confundirán al fin, bajo la legislación de Justiniano; pero cada una de ellas tenía, separadamente, hasta entonces, sus condiciones de existencia. Examinemos, en primer lugar, la de los primeros.

CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LOS LEGADOS

Dos clases de elementos fundamentales se exigían para que un legado fuera tenido por válido: elementos de forma y elementos de fondo. Referíanse los primeros al acto que debía encerrar el legado; a las palabras que debían emplearse para ordenarlo; y por último, debido a la influencia excesiva del régimen de los primeros tiempos, al sitio en que debía hacerse el nombramiento del legatario. Respecto de la primera condición, o sea el acto que debía contener la liberalidad, el derecho romano establecía que no podía ser otro sino el testamento, y después, en algún codicilo que fuera confirmado por testamento. El legado, pues, debía ser una institución testamentaria. La opinión de Cuq, fundada en la hipótesis de que en el derecho primitivo podía hacerse el legado fuera de un testamento que contuviera la institución de herede-

ros, es vivamente combatida por Girard, [2] Respecto de las palabras que debía emplear el testador, se exigía que fueran expresadas en fórmula solemne, lo que dicho en otras palabras significaba que el legado debía hacerse en términos sacramentales, bajo pena de nulidad. Respecto de la tercera formalidad, o sea el sitio del testamento donde debía aparecer el legado, debía ser después de la institución de herederos, y si aparecía en otro sitio, el legado era nulo. La práctica de hacer el legado en algún codicilo modificó esta regla inflexible, y la evolución, más tarde, del derecho que terminó por proscribir el formalismo que había venido practicándose, concluyó por la abolición consecuencial de la referida ritualidad. Volviendo ahora sobre el empleo de la fórmula sacramental a que antes aludimos, debemos decir que en el derecho clásico había cuatro que correspondían a otras tantas clases de legados. La más antigua era la del legado *per vindicationem;* a esta siguió la del legado *per damnationem;* por último vinieron otros dos, de orígenes más reciente, que eran las que correspondían al legado *sinedi modo,* y al legado *per praeceptionem.*

Empleábase la primera fórmula cuando se le quería transferir al legatario la propiedad de la cosa legada, o un derecho real sobre dicha cosa, como pasa-

(2) Girard, obra citada.

ba con el usufructo; y veníale el nombre de que el legatario tenía la acción reivindicatoria, o la *vindicatio servitutis* para el ejercicio de su derecho. Empleábase la fórmula *per domnationem* cuando el testador le imponía a su heredero que le pagase cierta cantidad de dinero al legatario, lo cual hacía por medio de una *damnatio* contra el heredero, lo que equivalía a darle al legatario una *manus injectio* contra aquél. La fórmula del legado *sinendi modo* era distinta de las dos que quedan analizadas, porque lo que hacía el testador era darle al legatario el derecho de que fuera el mismo quien escogiera el legado, tomándolo de la herencia, de donde resultaba que la obligación que se le imponía al heredero era sólo la de dejar hacer, o sea, un hecho de abstención. La última fórmula que se empleaba, o sea, la del legado *per-praeceptionem,* le daba derecho al legatario de tomar su legado antes de que los herederos procedieran entre sí a hacer la partición. Había discrepancia de opiniones entre Sabinianos y Proculeyanos acerca de este legado, porque aquéllos sostenían que la fórmula debía ser empleada sólo cuando el testador ordenaba algún legado especial en favor de algunos de los herederos, en cuyo caso, antes de que se procediese a hacer cesar la comunidad entre ellos, tomaba previamente el coheredero legatario su legado; pero los Proculeyanos

no compartían este criterio, y sostenían que el legatario no tenía necesariamente que ser un coheredero, sino que un extraño también podía serlo. Esta última opinión fué la que predominó.

Desde luego que mientras no fué abolido en Roma el sistema de los términos sacramentales, lo cual no vino a ocurrir sino en el año 339, cada una de las citadas fórmulas para los legados, debía ser cumplida con el más estricto rigorismo, so pena de nulidad. Es claro que el *de cujus* tenía el derecho de valerse de los términos que quería para la designación del legatario, del mismo modo que podía hacerlo para la del heredero, sin que por esto fuera nulo el testamento. El rigorismo, como sabemos, consistía en este último caso en el sitio del testamento que debía ocupar la institución del heredero, del propio modo que lo había también para el legatario, como lo hemos visto, cuando no era permitido ordenar legados en codicilo. Pero por lo demás el testador tenía libertad de acción. Así pasaba cuando el legado estaba afecto a alguna modalidad, y dependía de alguna condición que se le imponía al legatario, o de algún término a que se sujetaba la entrega del legado. Al lado de estas condiciones de forma a que estaban sometidos los legados so pena de nulidad, había otras condiciones que se referían al testador, al legatario y al heredero, al objeto materia

del legado, y a lo que el derecho romano llamaba regla Catoniana, todo lo cual constituía el grupo de las formalidades de fondo que igualmente se requerían para la perfecta validez de los legados. Era esencial en Roma, respecto de lo primero, que el testador tuviera la *testamenti factio* activa, del propio modo que el legatario debía tener la *testamenti factio* pasiva. [3] Respecto del heredero, no bastaba ser un heredero legítimo, por ejemplo, a quien el *de cujus* hubiera excluído de la herencia, sino que necesitaba ser un heredero instituido. De plena libertad gozaba el testador respecto al modo de disponer cuál o cuáles de sus herederos, y en qué proporción, debían repartirse la carga del legado. Podía suceder que sólo escogiese alguno de ellos para que cumpliese la obligación, y ésto era válido, y hasta que distribuyese el peso del legado

(3) La ley venezolana establece quiénes son capaces de hacer testamento, y quiénes no lo son de suceder o de recibir por él. Entre estos últimos están: las Iglesias y los Institutos de manos muertas; los ordenados *in sacris* respecto del testador que deja cónyuge, o ascendientes o descendientes o parientes consanguíneos dentro del cuarto grado inclusive, a menos que el instituido sea uno de estos parientes; el Registrador o cualquier otro oficial civil, marino o consular que haya recibido el testamento abierto, o de alguno de los testigos que hayan intervenido en él; el que haya escrito el testamento cerrado, a menos que la disposición fuere aprobada en cláusula escrita de manos del testador, o verbalmente por éste ante el Registrador y testigos del otorgamiento, haciéndose constar ésto en el acta respectiva: (artículos 829 y siguientes, Código Civil). A estas incapacidades hay que agregar: los que en la época de la apertura de la sucesión no están todavía concebidos, los que no hayan nacido vivos y los indignos: (artículo 828, mismo Código). La ley hace, sin embargo, una salvedad respecto de los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía, reconociéndoles capacidad para recibir por testamento.

entre sus herederos o entre algunos de ellos en una proporción distinta de la que le correspondería al repartirse la herencia. [4] El legado venía a ser, pues, una deuda especial que pesaba sobre la herencia, y a la que no le era aplicable la regla general que gobernaba las demás deudas de la herencia, que debían distribuirse, entre los herederos, a prorrata de sus respectivos derechos en la herencia. En cuanto a la cosa que podía ser objeto de un legado, fué amplísimo el criterio del derecho romano, porque hasta la cosa de otro podía ser legada por el testador al legatario, en cuyo caso el heredero debía adquirirla para dejar cumplida la obligación. [5] Una universalidad podía ser objeto de un legado; podía también serlo una cuota parte de la herencia, o un cuerpo cierto, o bien un legado de género, cuando el heredero tenía el derecho de escoger el legado entre varias cosas de un mismo

(4) El artículo 923 del Código citado ordena que si la obligación de pagar el legado se ha impuesto a uno de los herederos, éste sólo estará obligado a pagarlo. Si la cosa legada pertenece a un coheredero, el otro o los demás coherederos están obligados a indemnizarle su valor en dinero o inmuebles hereditarios, en proporción a la parte que les haya tocado en la herencia, a menos que conste haber sido otra la voluntad del testador. Ahora bien, cuando entre muchos herederos ninguno ha sido encargado particularmente de cumplir el legado, cada uno está obligado a cumplirlo en proporción a la parte que le haya tocado en la herencia: (artículo 922, mismo Código).

(5) El artículo 891 del Código citado establece que el legado de cosa ajena es nulo, a menos que se declare en el testamento que el testador sabía la cosa pertenecía a otra persona. En este caso, el heredero podrá optar entre adquirir la cosa legada para entregarla al legatario o pagarle su precio. Sin embargo, si la cosa legada pertenecía a otro cuando se otorgó el testamento, y se hallare en la propiedad del testador al tiempo de su muerte, el legado será válido.

género que se encontraran en la herencia. [6] Una cosa incorporal también podía ser objeto de un legado; una servidumbre, o algún derecho real, lo mismo. [7] Muchas veces el testador tenía un crédito contra un tercero, y esta obligación podía ser objeto de un legado; otras veces era el acreedor mismo quien en su testamento legaba en favor del deudor el derecho que él tenía al cumplimiento de la obligación, y este *legatum liberationis* era perfectamente válido, y así en otros casos más. [8]

Con arreglo al rigorismo que, como sabemos, era la norma del derecho de los primeros tiempos de Roma, cada una de las cuatro referidas fórmulas de legado, tenía su empleo exclusivo y propio. Hemos observado que la primera servía para la trasmisión al legatario de un derecho de propiedad o de algún derecho real, y de aquí que se exigiera que el objeto sobre el cual recaía el legado, fuera de la propiedad quiritaria del *de cujus*. Cuando se trataba de inmuebles o de muebles que constituían cuerpos ciertos que no fueran cosas fungibles, el testador debía tener, el día del tes-

(6) Artículo 924, Código citado.

(7) El artículo 893 del Código citado establece que si el testador, el heredero, o el legatario, son propietarios sólo de una parte de la cosa legada o de un derecho sobre ella, el legado no será válido sino relativamente a aquella parte o a este derecho.

(8) Artículo 898, Código citado. Por el contrario, el artículo siguiente establece que si el testador, sin hacer mención de su deuda, hace un legado a su acreedor, no se juzga hecho el legado para pagar su crédito al legatario.

tamento, la propiedad de aquéllos y de estos. [9] Cuando se trataba de cosas fungibles, debía tenerla para el día que moría. En el legado *per praeceptionem*, que le daba al legatario el derecho de tomar la cosa legada antes de que se procediera a partir, el testador debía ser propietario de la cosa, porque si ésta era ajena, por ejemplo, no podía emplearse aquella fórmula por ser lógicamente inadecuada. Del propio modo tampoco podía servirse el testador, cuando se trataba de este último caso que hemos propuesto de ejemplo, de las fórmulas del legado *sinendi modo*, por la razón sencilla de ser esta fórmula la que debía usarse cuando lo que se imponía al heredero era una abstención, y no la adquisición de una cosa ajena para entregarla al legatario, que era más bien un acto de acción. Por lo que hacía a la fórmula del legado *per damnationem*, cabe decir que aun cuando primitivamente tenía una esfera de aplicación restringida, llegó a ser una fórmula práctica y de aplicación general, que comprendía todos los casos que no debían ser especial y específicamente sometidos a la estricta aplicación de las otras

(9) El artículo 895 del Código Civil citado ordena que cuando el testador haya dejado como de su propiedad una cosa particular o comprendida en cierto género o especie, el legado no tendrá efecto si la cosa no se encuentra en el patrimonio del testador al tiempo de su muerte. Cuando se trata de una cosa mueble indeterminada, de un género o especie, aunque nada de aquel género o especie se haya encontrado en el patrimonio del testador cuando se otorgó el testamento ni a la época de su muerte, el legado se reputa válido: (artículo 894, mismo Código).

tres fórmulas. Desde luego que cuando la fórmula que se empleaba no era la que convenía al caso concreto, el legado se reputaba nulo, y esto era lo que estaba jurídicamente de acuerdo con las ideas reinantes respecto de las fórmulas sacramentales. Pero la necesidad de sustraerse a este peligro debió sugerirle al testador, deseoso de hacer sus actos de última voluntad definitivos y seguros y no sujetos a interpretaciones más o menos sutiles e ingeniosas, la conveniencia de acompañar la fórmula especial de que se servía, de la general que se empleaba en el legado *per damnationem,* cuya amplitud robustecía la deficiencia de las otras fórmulas, y de aquí que un Senado-Consulto de la época de Nerón, dispusiera con arreglo a un criterio que era a la vez la expresión de la equidad y de una medida de orden público, que todo legado que fuese nulo en razón de la fórmula que se había empleado, se reputara hecho *per damnationem.* [10]

Ahora bien, se recordará que entre las formalidades de fondo a que debían estar sometidos los legados, mencionamos la regla Catoniana. Llamábasela así, porque había sido formulada por Catón el viejo o por su hijo, sin saberse a punto fijo cuál de ellos dos fué el autor, pero lo cierto es que ella decidió que todo legado que no hubiera producido efecto si el testador

(10) Véase Girard, obra citada.

hubiera muerto en el momento de hacer el testamento, no podía producirlo, más tarde, si el motivo de invalidez había desaparecido. En rigor la regla no venía a ser sino una consecuencia del principio romano de que lo que era vicioso en su origen no podía convalecer más tarde por el trascurso del tiempo: *quod ab initio vitiosum est non potest tracto temporis convalescere.* Así, por caso, si el legado había recaído sobre una cosa que al hacer el testador su testamento le pertenecía por otro título al legatario, el legado era nulo, aun cuando más tarde, cuando acaeciera la muerte del testador, ya esa cosa hubiese dejado de pertenecerle al legatario. La regla en examen no ha recibido el beneplácito de los jurisconsultos, porque no es que el ya citado principio romano de donde se la sacó no fuera cierto, sino que siendo el legado por su naturaleza una disposición de última voluntad, que generalmente se hacía para que recibiera ejecución no cuando el testamento se hacía sino cuando el testador moría, lo cual era y seguía siendo un hecho futuro por más cierto que fuera, no se comprende con claridad el motivo que tuviera el autor de la regla para formularla. Justificadamente, pues, el principio ha sido censurado.

CAUSAS DE NULIDAD DE LOS LEGADOS

Estas causas podían ser tres: la revocatoria del legado, su caducidad, y la reducción a que estaban sujetos, si excedían la legítima de los herederos, establecida por la ley Falcidia. La revocación podía verificarse de dos modos diferentes: o bien por un acto contrario del testador, o bien por el traspaso del legado. El primer modo consistía, originariamente, en hacer un nuevo testamento con las mismas formalidades que habían sido empleadas en el primero y en el cual el testador revocaba el legado. [11] Después se admitió que valiese el codicilo para este objeto, y por último, se llegó a admitir que ciertos hechos podían traer virtualmente la revocatoria del legado, como eran, por ejemplo, una enemistad que hubiera sobrevenido entre el testador y el legatario y hasta una circunstancia de hecho, como era la enajenación de la cosa hecha con posterioridad por el testador, [12] cuando aquella enajenación había sido hecha intencionalmente, con arreglo a la opinión del jurisconsulto Celso que fué la que predominó. El traspaso del legado era en el fondo análogo a la novación, en que una misma

(11) Así es también en el derecho venezolano: artículo 982, Código Civil citado.

(12) Artículo 946, Código citado. Parcial que sea la enajenación de la cosa legada hecha por el testador, acarrea la revocación del legado, aun cuando la enajenación sea nula o la cosa vuelva al poder del testador, excepto únicamente que lo sea por el ejercicio del derecho de retracto.

cosa, que antes se le había dado a un tercero, se le daba a otra persona que era quien definitivamente llegaba a adquirirla.

Las causas de caducidad del legado eran varias. En primer lugar era perfectamente lógico que siendo el legado un simple accesorio del testamento, cayese por su base si el testamento lo rompía el testador, o cuando era considerado *irritum* o *destitum*. Sucedía, a veces, que el heredero instituido, con un designio apoyado en su mala fe, no hacía adición de la herencia para recogerla luego como heredero *ab intestato* del *de cujus*, por cuyo medio pretendía escapar a la obligación de entregar el legado. En este caso tampoco podía el instituido sacar partido de su dolo, porque el derecho imperial disponía que el sustituto debía cumplir la obligación. La muerte o la incapacidad del legatario, sobrevenidas antes del *diei cessio*, eran también otras causas de caducidad. La pérdida de la cosa legada era también otra causal que entraba también en el orden de las que estamos analizando. Otra causal era el concurso de dos causas lucrativas, como se dice todavía en la doctrina de nuestros días, lo que ocurría cuando el legatario llegaba a ser propietario, a título gratuito, de la cosa que se le había legado. [13] Por último, cuando el activo de la herencia no cubría

(13) Artículo 987, Código Civil citado.

los legados, se entendía que había una causal de caducidad.

Dijimos que las disposiciones de la Ley Falcidia hacían caducar los legados que excedían la parte disponible de que podía disponer el testador, con arreglo a lo que a tal respecto disponía aquella Ley. En efecto, en el año 714 de Roma, un Plebiscito, que se conoce con el referido nombre de Ley Falcidia, estableció que el testador no podía disponer libremente sino de las tres cuartas partes de su herencia, pues la cuarta parte restante le pertenecía al heredero a título de legítima como hoy decimos. De aquí, pues, que si el testador había repartido más de las tres cuartas partes de la herencia en legados, el heredero tenía el derecho de reducir estos legados, proporcionalmente al monto de cada uno, a fin de que no fuese lesionada su cuarta parte que le pertenecía porque la ley se la daba independientemente de la voluntad del *de cujus, (jure hereditario)*, que decían los romanos. [14] Antes de que fuese promulgada la ley en examen, había venido intentándose en el derecho romano la misma reforma, porque alrededor de siglo y medio antes, más o menos, habían sido promulgadas dos leyes: la ley *Furia testamentaria,* que salvo ciertas excepciones en favor de determinadas personas, prohibía legar más de mil

(14) Artículos 875 y siguientes, Código Civil citado.

ases, castigando con la restitución de un múltiplo del legado al legatario que pedía la entrega, y la ley Voconia, que a la vez que estableció una incapacidad respecto de las mujeres para ser instituidas como herederas, prohibía que el legatario pudiera recibir más de lo que recibía el heredero instituido. Pero las previsiones de estas leyes habían fallado, porque los testadores, tomándolas más en su letra que en su espíritu, hacían legados que no llegaban individualmente a mil ases, pero que en su conjunto excedían aquél límite, que era lo que pasaba durante la vigencia de la ley Furia, y porque con hacérlos muy pequeños, pero múltiples sin que excedieran la parte mínima que podía corresponderle al heredero, distribuía el testador su fortuna, que era lo que pasaba durante el imperio de la ley Voconia. En la lucha, pues, que se mantuvo entre la libertad del testador y la teoría de la legítima que cercenaba esa libertad, triunfó esta última con la promulgación de la ley Falcidia, cuyo texto, preciso y claro, cortó de raíz el mal de las interpretaciones hábiles e ingeniosas.

FIN DEL TOMO PRIMERO

INDICE

INDICE

LIBRO PRIMERO

CAPITULO I

CAPITULO II

Hombres libres y Esclavos

CAPITULO III

Ciudadanos y Peregrinos

CAPITULO IV

Ingenuos y Libertos

CAPITULO V

Patria potestad

CAPITULO VI

El matrimonio

CAPITULO VII

El matrimonio. (Continuación)

CAPITULO VIII

Adopción y Legitimación


00028821428
UNIVERSITY OF N.C. AT CHAPEL HILL